

ESCUELA DE POSTGRADO SAN FRANCISCO XAVIER SFX



TESIS

“ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA REALIZACIÓN DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES”

Presentada por la Bachiller:
Andrea Verónica Gómez Moscoso

Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho Empresarial

AREQUIPA – PERÚ

2017

DEDICATORIA

A mi amado esposo, por su paciencia, apoyo y amor infinitos y también por aportar una luz nueva a esta investigación, desde sus conocimientos jurídicos y su experiencia profesional.

A mis padres, abuelos y hermano, por forjarme, por creer en mí, por alentarme y acompañarme siempre en mis sueños.

A mis alumnos, por hacerme amar esta hermosa profesión cada día más.

AGRADECIMIENTOS

Sirvan estas líneas para expresar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del presente trabajo, en especial al Dr. Edwing Ticse Villanueva, asesor de esta investigación, por la orientación, el seguimiento y la supervisión continúa de la misma, por la motivación y el apoyo recibido a lo largo de este tiempo.

Agradezco profundamente el interés mostrado por mi trabajo y las sugerencias recibidas de Michell Gutierrez Lazarte, Ingeniero de Sistemas y amigo personal a quien le manifiesto mi gratitud por su colaboración con la parte técnica de esta investigación y por su amistad.

Un reconocimiento muy especial merece la comprensión, motivación y el ánimo recibidos de mi familia y amigos.

A todos ellos, muchas gracias.

INTRODUCCIÓN

El problema materia del presente trabajo presenta varias aristas tanto legales como técnicas que deben desarrollarse de forma integrada.

En tal sentido, la investigación está organizada de la siguiente manera: En el primer capítulo se detalla el planteamiento operacional, describiendo el problema y los objetivos de la investigación. En el segundo capítulo se aborda el régimen y características del comercio electrónico en general para posteriormente, en el capítulo tercero describir el proceso de compraventa mediante aplicaciones móviles, desarrollando en el capítulo cuarto los distintos aspectos jurídicos y técnicos de esta moderna modalidad contractual para analizar el ámbito de seguridad jurídica que ofrecen desde el marco legal, jurisdiccional y tributario que le resultaría aplicable, incidiendo también en aspectos de derecho internacional y comparando la naciente perspectiva legal peruana con legislaciones de países de primer mundo, como una forma de aproximación al tema.

A continuación, el capítulo quinto analiza los problemas que los compradores experimentan al realizar este tipo de contratos, concluyendo en el capítulo sexto con algunos lineamientos y recomendaciones que deben considerarse en la regulación de esta modalidad contractual, para ofrecer a las partes un panorama de seguridad jurídica apropiado para la contratación.

RESUMEN

La presente investigación analizó el marco legal vigente en el Perú aplicable al comercio electrónico a través de aplicaciones móviles, para determinar si ofrece una seguridad jurídica adecuada a los potenciales compradores, adaptándose a las tecnologías del mercado *online*.

La investigación fue descriptiva y transversal. Se emplearon datos del comportamiento de consumidores de los años 2015-2016, así como la legislación vigente desde ese período hasta la actualidad. Los datos de referencia fueron tomados de un estudio de GfK Perú, con un Universo de Estudio del total de la población de hombres y mujeres de 18 años a más, de todos los niveles socioeconómicos del Perú a diciembre de 2015 (21,118,021 habitantes), con una muestra 1,308 encuestas entre Lima, Callao y el resto de provincias, cuyo índice de confianza se estima a un 95% .

El objetivo principal del estudio, fue analizar el ámbito de seguridad jurídica que ofrecen los contratos de compraventa realizados mediante aplicaciones móviles en el Perú. Para ello, se desarrollaron aspectos técnicos como el funcionamiento del comercio electrónico y la contratación mediante aplicaciones móviles y aspectos legales de jurisdicción, contractuales, tributarios, así como de derecho internacional y derecho comparado.

Una vez que se recabó la información, se determinó que el comercio electrónico en el Perú viene expandiéndose, gracias a la creciente penetración de los dispositivos inteligentes y aplicaciones móviles. Sin embargo, factores como la mentalidad tradicionalista, la desconfianza en la publicidad *online*, el temor al mal uso de información sensible especialmente datos bancarios, generan inseguridad en los compradores, retrasando el auge de este nuevo mercado.

También se detectó que la normatividad vigente abarca al comercio electrónico genéricamente, pero no se adapta de forma precisa a esta nueva modalidad contractual. Así, se concluye aseverando la necesidad de una regulación legal expresa en el Perú del comercio electrónico en todas sus formas, incluyendo la contratación mediante aplicaciones móviles, que ofrezca plena seguridad jurídica a los consumidores, favoreciendo la expansión de este emergente mercado, beneficiando la economía nacional y propiciando la oportunidad de combatir el subdesarrollo imperante.

PALABRAS CLAVE: Comercio electrónico, compraventa, seguridad jurídica, mercado online, información sensible.

ABSTRACT

The present investigation analyzed the legal framework in force in Peru applicable to electronic commerce through mobile applications, to determine if it offers adequate legal security to potential buyers, adapting to the technologies of the online market.

The research was descriptive and transversal. Consumer behavior data from the years 2015-2016 were used, as well as the legislation in force from that period to the present. The reference data were taken from a GfK Peru study, with a Universe of Study of the total population of men and women aged 18 years and over, from all socioeconomic levels of Peru to December 2015 (21,118,021 inhabitants), with A sample of 1,308 surveys between Lima, Callao and the rest of provinces, whose confidence index is estimated to be 95%.

The general objective of the study was to analyze the scope of legal security offered by contracts of sale made through mobile applications in Peru. To this end, technical aspects were developed such as the operation of electronic commerce and contracting through mobile applications and legal aspects of jurisdiction, contractual, tax, as well as international law and comparative law.

Once the information was collected, it was determined that electronic commerce in Peru has been expanding, thanks to the growing penetration of smart devices and mobile applications. However, factors such as the traditional mentality, distrust of online advertising, fear of misuse of sensitive information, especially banking data, create insecurity in buyers, delaying the rise of this new market.

It was also detected that the current legislation covers electronic commerce generically, but does not adapt precisely to this new contractual modality. It concludes by asserting the need for express legal regulation in Peru of electronic commerce in all its forms, including hiring by mobile applications, offering full legal security to consumers, favoring the expansion of this emerging market, benefiting the economy National level and providing the opportunity to combat prevailing underdevelopment.

KEYWORDS: E-commerce, purchase, legal security, online market, sensitive information.

INDICE

	Pág.
TITULO.....	I
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
INTRODUCCIÓN.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VII
INDICE.....	IX
ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS.....	XIII
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.....	1
1.1 Identificación del problema.....	1
1.2 Descripción del problema.....	1
1.3 Objetivos del estudio.....	2
1.3.1 Objetivo general.....	2
1.3.2 Objetivos secundarios.....	2
1.4 Objetivo del proyecto.....	3
1.4.1 Objetivo general.....	3
1.4.2 Objetivo específico.....	3
1.5 Tipo de Investigación.....	3
1.6 Justificación.....	3
1.6.1. Aspecto general.....	3
1.6.2. Aspecto Tecnológico.....	4
1.6.3. Aspecto social.....	4
1.6.4. Aspecto económico.....	4
CAPITULO II: LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: ASPECTOS JURÍDICOS.....	5
2.1. Generalidades y antecedentes:	5
2.2. Definición de contratación electrónica.....	8
2.3. Los principios generales del derecho contractual y la seguridad jurídica en la contratación electrónica.....	13
2.3.1 El principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad.....	14
2.3.1.1 La libertad de contratar.....	15
2.3.1.2 La libertad contractual.....	15
2.3.1.3 El intervencionismo Estatal.....	15
2.3.2 La fuerza obligatoria del Contrato.....	16
2.4. Comercio electrónico y contratación electrónica.....	20
2.5. Clasificación de los contratos electrónicos.....	22
2.5.1 Por su forma de ejecución:	23
2.5.1.1 Contrato electrónico de ejecución directa.....	23
2.5.1.2 Contrato electrónico de ejecución indirecta.....	23
2.5.2 Por la emisión de las declaraciones:	23

2.5.2.1 Contrato electrónico puro.....	23
2.5.2.2 Contratos Reactivos.....	23
2.5.2.3 Contratos Interactivos.....	24
2.5.2.3.1 Contratos “click”	24
2.5.2.3.2 Contratos “browse”.....	24
2.5.2.4 Contrato electrónico mixto.....	24
2.5.3 Por los sujetos que son parte del contrato electrónico:	24
2.5.3.1 Contrato electrónico de consumo.....	24
2.5.3.2 Contrato electrónico mercantil.....	25
2.5.4 Por la forma de pago.....	25
2.5.4.1 Contrato con pago electrónico.....	25
2.5.4.2 Contrato con pago tradicional.....	25
2.5.5 Por el objeto del contrato.....	25
2.5.5.1 Contratos de entrega.....	25
2.5.5.1.1 Contratos de entrega material.....	25
2.5.5.1.2 Contratos de entrega inmaterial.....	25
2.5.5.2. Contratos de prestación.....	26
2.5.5.2.1 Contratos de prestación instantánea.....	26
2.5.5.2.2 Contratos de prestación diferida.....	26
2.5.6 Por el medio digital:	26
2.5.6.1 Contratos mediante correo electrónico (Off line)	26
2.5.6.2 Contratos mediante página web (On line)	27
2.5.6.2 Contratación electrónica mediante aplicaciones móviles.....	27
2.6 Importancia del análisis jurídico y tecnológico de los contratos electrónicos.....	28

CAPITULO III: LA COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS).....30

3.1 Aplicaciones móviles: Concepto, antecedentes y aspectos generales.....	30
3.1.1 Orígenes.....	31
3.2 Clasificación de las aplicaciones móviles.....	33
3.2.1 Por sus efectos psicosociales y/o psicopedagógicos:	33
3.2.1.1 App capacitadoras.....	33
3.2.1.2 App de dependencia.....	33
3.2.2 Por el tipo de contenido que ofrecen al usuario.....	33
3.2.2.1 De entretenimiento.....	33
3.2.2.2 De relación social.....	33
3.2.2.3 De producción o utilitarias.....	33
3.2.2.4 Educativas o informativas.....	34
3.2.2.5 Creativas.....	34
3.2.2.6 Publicitarias.....	34
3.2.3 Por las condiciones de distribución.....	34
3.2.4 Por la edad de destino de los usuarios del contenido.....	34
3.2.5 Por el tipo de diseño y desarrollo.....	34
3.2.5.1 Genéricas o de “diseño líquido”	35
3.2.5.2 Híbridas.....	36
3.2.5.3 Nativas.....	36
3.3. Contratación electrónica por aplicaciones móviles.....	37
3.3.1 La tendencia “mobile first”: Primero el móvil.....	39
3.4 Contrato de compraventa nacional e internacional por aplicaciones móviles.....	40

3.5. Compraventa mediante aplicaciones móviles: ¿Contratos entre ausentes o entre presentes?	42
3.5.1 La presencia física de los contratantes.....	42
3.5.2 La distribución de riesgos.....	43
3.5.3 El tratamiento de la Ley Peruana.....	43
3.6. Identidad de las partes.....	44
3.7. Proceso de Compraventa mediante aplicaciones móviles.....	47
3.7.1 Compraventa de contenido: Pokémon Go.	47
3.7.2. Compraventa de bienes: Aliexpress.....	48
3.7.3. Oferta en línea.....	51
3.7.4 Condiciones generales de venta.....	52
3.7.5 Pedido en línea.....	53
3.7.6. Sobre la resolución del contrato:	53
3.7.7 Ejecución del pedido.....	54
3.8. El pago en los contratos de Compraventa mediante aplicaciones móviles...	56
3.8.1 Concepto de pago electrónico.....	57
3.8.2 Clases de medios de pago electrónico.	58

CAPITULO IV: SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS)	62
4.1 Lugar de celebración del contrato de compraventa mediante aplicaciones móviles.....	62
4.2. Jurisdicción competente y legislación aplicable en el Perú.....	66
4.2.1 A2C: Administración- consumidor (Administration to consumer)	67
4.2.2 B2A: Empresa- Administración (Business to Administrations.....	68
4.2.3 B2B: Empresa- Empresa (Business to Business)	68
4.2.4 B2C: Empresa- Consumidor final (Business to Consumer)	69
4.3 Jurisdicción competente y legislación aplicable a nivel internacional.....	71
4.3.1. Tesis de la no intromisión.....	72
4.3.2. Tesis de la intervención estatal.....	73
4.3.3. Las teorías intermedias.....	75
4.5 El derecho internacional privado.....	75
4.6. Aspectos tributarios en torno a la contratación electrónica.....	78
4.6.1 Permanent Internet Tax Freedom Act.....	79
4.6.2 Bit tax.....	81
4.6.3 El caso Peruano.....	83
4.7 La contratación electrónica y medios de resolución de conflictos.....	85
4.7.1 Arbitraje electrónico como forma de seguridad jurídica.....	87
4.8 Responsabilidad civil en materia electrónica.....	90
4.8.1 Daño electrónico.	90
4.8.2. Determinación de la responsabilidad civil en la contratación electrónica....	91
4.8.3 Tratamiento del Daño Patrimonial y Extrapatrimonial.....	92
4.9. Contrato de compraventa mediante aplicaciones móviles: derecho comparado.....	94
4.9.1. Estados unidos y Canadá.....	95
4.9.2 España.....	96
4.9.3 Chile.....	98

CAPITULO V: PROBLEMAS Y VENTAJAS EN LA CONTRATACIÓN DE COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS)	100
5.1 Caracterización de los Consumidores Potenciales.....	100
5.1.1 Perfil del Internauta Peruano.....	100
5.1.2 Perfil del peruano usuario de smartphones.....	105
5.1.3 Nivel de compras por medios electrónicos en el Perú.....	107
5.2 Razones de rechazo a las compras por medios electrónicos en el Perú.....	109
5.2.1 Temor de no recibir el producto.....	111
5.2.2 Temor a que el producto no sea en realidad como se ve <i>online</i>	111
5.2.3 Temor a un mal uso de sus datos.....	112
5.2.4 Preferencia por la contratación tradicional.....	113
5.2.5 Temor a revelar información sensible sobre cuentas y tarjetas.....	115
5.2.6 Dificultad para realizar el proceso de compra.....	117
5.2.7 Evitar los costos de envío.....	118
5.2.8 Dificultad para la devolución o cambio del producto.....	118
5.3 Ventajas de la Contratación mediante Aplicaciones Móviles (APPS)	119
5.3.1 Acceso.....	120
5.3.2 Costos de Transacción.....	120
5.3.3 Disponibilidad.....	120
5.3.4 Precios Competitivos.....	120
5.3.5 Información detallada de los productos.....	121
 CAPITULO VI: LINEAMIENTOS BÁSICOS QUE DEBEN CONSIDERARSE EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS) EN EL PERÚ.....	122
6.1 Protección del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas.....	123
6.2 Consentimiento fehaciente del Consumidor.....	126
6.3 Protección del Pago.....	127
6.4 La compraventa mediante aplicaciones móviles como contrato de adhesión.....	127
6.5 Caracteres jurídicos de los contratos de compraventa realizados a través de aplicaciones móviles, de acuerdo al vigente Código Civil.....	129
6.6 Seguridad jurídica del contrato.....	131
 CONCLUSIONES.....	133
RECOMENDACIONES.....	136
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	139
Bibliográficas.....	139
Revistas.....	140
Periódicos.....	140
Páginas Web.....	140
Otros Documentos.....	142
Entrevistas.....	142
GLOSARIO.....	143

INDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

	Pág.
Figura1: Uso de Internet en el Perú	100
Figura 2: Uso de Internet Peru Urbano	100
Figura3:Uso de Internet Perú Rural	101
Figura 4: Perfil del Usuario de Internet Perú	102
Figura 5: Usuarios intensivos por ubicación geográfica	103
Figura 6: Usuarios regulares por ubicación geográfica	103
Figura7:Usuarios esporádicos por ubicación geográfica.	105
Figura 8: Nivel de Compras por medios electrónicos en el Perú	106
Figura9: Nivel de Compras por Sector Socioeconómico.	107
Figura 10: Razones de rechazo a la compra online por zona geográfica.	109
Figura 11: Uso de Internet de cada grupo de edad.....	114

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.1 Identificación (Problema, Oportunidad)

Inseguridad en los consumidores peruanos, al realizar contratos de compraventa electrónicos haciendo uso de las aplicaciones móviles (APP).

1.2 Descripción de problema

Las aplicaciones móviles o APP son programas informáticos diseñados para ser usados en dispositivos móviles (tabletas, teléfonos inteligentes entre otros) que permiten al usuario efectuar tareas recreativas, de interacción social, educativas, de comunicación, así como celebrar contratos asociados a su uso.

En los últimos años, el mercado de APP se ha desarrollado considerablemente en el Perú. Son muchas las APP que permiten realizar compras de productos tangibles e intangibles, ofertando mayor variedad de bienes y a precios más ventajosos que el mercado tradicional ofreciendo además versatilidad en cuanto a su utilización práctica, conectividad y disponibilidad de servicios y productos permanentes. Sin embargo pese a esas ventajas y a que el número de usuarios de internet y de dispositivos inteligentes es cada vez mayor en el Perú, el volumen

de compraventas a través de aplicaciones móviles en el Perú es todavía incipiente.

Consecuentemente, el comercio a través de este mercado no alcanza un desarrollo óptimo y los recursos económicos no son asignados a sus usos más eficientes, perdiéndose valiosas oportunidades de negocio y de recaudación fiscal, en perjuicio de la economía nacional.

Se percibe desconfianza al empleo de esta naciente modalidad contractual entre los potenciales compradores peruanos, por esa razón es necesario detectar las posibles causas y hacer un análisis del marco legal vigente que comprende a este tipo de contratos de compraventa.

1.3 Objetivos del Estudio

1.3.1. Objetivo general:

Analizar el ámbito de seguridad jurídica que ofrecen los contratos de compraventa realizados mediante aplicaciones móviles en el Perú.

1.3.2. Objetivos secundarios:

1. Describir el proceso de contratación electrónica de compraventa mediante aplicaciones móviles.
2. Describir el perfil del Internauta Peruano
3. Describir el perfil del peruano usuario de smartphones

4. Describir el nivel de compras por medios electrónicos en el Perú
5. Describir las razones de rechazo a las compras por medios electrónicos en el Perú
6. Describir los caracteres jurídicos de los contratos de compraventa realizados a través de aplicaciones móviles, de acuerdo al vigente Código Civil.

1.4. Objetivo del proyecto

Plantear los lineamientos básicos que deben considerarse en la regulación de los contratos de compraventa mediante aplicaciones móviles (apps) en el Perú.

1.5. Tipo de investigación

Por las características del tema que se investigará, será una investigación exploratoria, descriptiva, transversal, observacional.

1.6. Justificación

1.6.1. Aspecto general

La investigación encuentra su justificación en la utilidad de la información que se presenta para la ponderación de la situación jurídica actual de la compraventa como contrato electrónico mediante aplicaciones móviles y el aporte de los lineamientos básicos que deben considerarse en la regulación de los contratos de compraventa mediante aplicaciones móviles (apps) en el Perú.

1.6.2. Aspecto Tecnológico:

El uso cada de las aplicaciones móviles es cada vez más extendido, se trata de programas útiles que dinamizan procesos contractuales haciéndolos más accesibles y mucho más simples, sin embargo su potencial es aprovechado en mínima medida. La investigación aborda este aspecto desde una perspectiva técnico-jurídica.

1.6.3. Aspecto social

Pese a que Internet y los dispositivos inteligentes son cada vez más accesibles, no todos los usuarios pueden aprovechar estos recursos al mismo nivel para realizar compras, con la consiguiente posibilidad de aprovechamiento de la contraparte. La investigación aborda esta asimetría de la información, debiendo tenerse presente al momento de la celebración del contrato, para dotarlo de la mayor equidad posible.

1.6.4. Aspecto económico

Así mismo, la investigación encuentra relevancia comercial para las empresas peruanas y el usuario en general, en la regulación legal de la compraventa como contrato electrónico mediante aplicaciones móviles, mercado que tiene tendencia a un rápido crecimiento y a un uso cada vez más extendido, que se traduce en un beneficio global economía nacional que propiciaría la oportunidad para el país de dejar atrás el subdesarrollo.

CAPITULO II

LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: ASPECTOS JURÍDICOS

Para iniciar la presente investigación, se pretende abordar la contratación electrónica, partiendo de una perspectiva general; lo cual constituirá el aspecto fundamental que servirá de base para los títulos siguientes referentes a la compraventa mediante aplicaciones móviles y la seguridad jurídica.

2.1. Generalidades y antecedentes:

Los contratos eran la principal fuente de las obligaciones en la Roma antigua y como tal eran esencialmente formalistas. Los efectos jurídicos estaban condicionados sustancialmente al cumplimiento de ciertas prácticas o ritos predeterminados (Serafini, F., SF).

La simple convención, llamada también pacto o convenio, no bastaba por sí sola para producir obligaciones entre las partes. Era necesario para ello que la convención estuviera revestida de determinadas solemnidades exigidas por el derecho civil, para que elevándose a la categoría de contrato produjera los efectos de tal.

En efecto, los contratos "*verbis*", que eran aquellos en los cuales se necesitaba para su perfección el empleo de determinadas palabras las que constituían la forma en que se podía probar las obligaciones contraídas y la existencia del "*vinculo iuris*".

Por otra parte, los romanos utilizaban también los Contratos "*litteris*", que eran aquellos que para perfeccionarse debían constar necesariamente por escrito, como una solemnidad esencial para su existencia.

Los soportes materiales para estos contratos, han cambiado a lo largo de la historia; las tablillas de madera utilizadas durante el derecho romano clásico, fueron sustituidas por el pergamino de tela, luego de cuero. (Di Stefano Manzella, I., 1987)

Los contratos *litteris*, si bien constaban por escrito, no se firmaban, sino que los otorgantes y testigos y el "*Tabelió*", colocaban un sello en señal de consentimiento, y ese sello muchas veces era el mismo utilizado por el otorgante, los testigos y el *Tabelió*.

En épocas posteriores, estos contratos empezaron a "firmarse", pero a diferencia de los contratos de hoy, la firma la constituía una frase que se escribía al final del texto, con relación al contenido del documento. Sin embargo, para el Derecho Romano la formalidad era mucho más importante que la interpretación auténtica de la voluntad de las partes, pues con el cumplimiento de los ritos determinados, se tenía por cierto el consentimiento de las partes

En el *Corpus Iure Civile* de Justiniano, se establecía como regla general que todos los contratos podían hacerse en forma oral o escrita, marcando una radical dualidad entre la oralidad y la escritura.

En épocas posteriores, diversos tratadistas se avocaron a eliminar la oralidad del contrato, a no ser la lectura del mismo. El documento físico únicamente instituía un medio de prueba de las obligaciones contraídas pero no era la esencia de las mismas.

La contratación en la Edad Media se define por la inalterabilidad de la nota que tomaba el Notario y mantenía en su poder quedaba confiada a éste, al igual que la redacción de los documentos que los contratantes le requerían.

En la Época Moderna, el principio de la autonomía privada introduce normas interpretativas que obligan a investigar el consentimiento de las partes, mientras en la forma la oralidad persiste, aún en el "acto del Notario", en la propia lectura, consentimiento y firma en un acto unitario.

Algunos autores afirman que el documento en aquel tiempo más allá de su función, es un soporte del lenguaje escrito que ha sido y puede modificarse a través de los tiempos. El actual documento electrónico contiene un mensaje de texto alfanumérico (o diseño o gráfico) en un lenguaje convencional (el de los bytes) sobre un soporte material (cintas o discos magnéticos o memorias en circuito) destinado a durar en el

tiempo (en modo diverso según se trate de memorias de masas, volátiles, Rom o Ram).
(Rodriguez, J., 2017)

Puede ser considerada escritura, la manifestación material de cualquier lenguaje natural o convencional, (Di Stefano Manzella, I., 1987) siendo los bytes las unidades de lenguaje de los documentos electrónicos, representativas de las palabras del texto escrito en cualquier idioma. Los medios informáticos constituyen uno de los posibles soportes de las diversas formas en que se expresa la voluntad o se realiza la declaración que contiene el pacto obligacional o la manifestación de esa voluntad que exterioriza la esencia del negocio jurídico. (Rodriguez, J., 2017)

Abordando el tema desde una perspectiva jurídico-contractual, los nuevos medios informáticos, alteran el soporte material en el cual se expresa actualmente la voluntad, a veces en parte, o a veces en su totalidad, y al hacerlo, provoca la necesidad de crear nuevos mecanismos que cumplan las mismas finalidades para las cuales fue creado el soporte papel, que se adecuen a estos nuevos medios.

El Derecho es una ciencia en permanente evolución, debe actualizarse para adecuarse a los nuevos escenarios que presenta la vida moderna. En tal sentido, muchas de sus instituciones y procedimientos han perdido su materialidad porque ya no es una cosa, sino la representación de una cosa. Este mismo proceso de desmaterialización ha marcado también a la contratación moderna.

2.2. Definición de contratación electrónica

Los contratos son los actos jurídicos más comunes en la vida diaria de las personas, pues la forma de satisfacer las necesidades cotidianas es precisamente celebrando contratos constantemente. Por esta razón, han adquirido una notable importancia en el Derecho, pues constituyen el medio que posibilita la propiedad, la circulación de bienes, servicios o riquezas o cualquier otra actividad económica.

El contrato consolida los intereses comunes de las partes contratantes, aunque al inicio resultaran opuestos o por lo menos distintos. En tal sentido, el contrato constituye fuente de los derechos y obligaciones que surjan entre las partes.

El Art. 1351 de nuestro Código Civil, define al contrato de la siguiente forma: " Es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial", entendida esta última como una atadura legal de carácter económico entre las partes que celebran el contrato. Así definido, el elemento más importante del contrato es el consentimiento o expresión del acuerdo de voluntades coincidentes. Esta definición guarda estrecha concordancia con el Art. 140 del Código Civil, el que establece textualmente que "El Acto Jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas" que requiere para su validez de los siguientes elementos:

- a) Agente capaz: Conforme al artículo 42° del Código Civil, esta capacidad se adquiere con la mayoría de edad a los 18 años. Excepcionalmente, el artículo 46

reconoce la capacidad del mayor de 16 años, si ha obtenido un título que lo habilite para ejercer una profesión u oficio.

b) Objeto del contrato: Debe ser tanto física como jurídicamente posible.

c) Fin lícito

d) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Como se ha expresado anteriormente, un elemento esencial en todo acto jurídico, es la manifestación de la voluntad, la que puede ser exteriorizada en forma expresa o tácita, siendo para ello sus medios comunes o tradicionales las cartas, el fax, el teléfono, los comportamientos, los gestos entre otros.

Anteriormente, el antiguo artículo 141° del Código Civil disponía como forma de manifestación de voluntad el medio directo sin diferenciar la forma del medio, sin embargo, con el surgimiento del internet, y ante la virtualidad de sus comunicaciones, surgió la interrogante de si las manifestaciones de voluntad emitidas a través de medios electrónicos eran válidas y eficaces jurídicamente; es decir, si tenían el mismo valor de un contrato celebrado por medios tradicionales. (Scognamiglio, R., 2004)

Desde el año 2002 se encuentra vigente la Ley 27291, que permite a las personas declarar su voluntad por medios manuales, mecánicos, electrónicos o cualquier otro análogo, otorgándole validez y eficacia. Esta ley definitivamente representa un avance notable por el cual el Estado reconoce este tipo de contratación y que además contempla no solo la utilización de los nuevos medios de comunicación de la

manifestación de voluntad, sino que con la expresión “cualquier otro análogo” abre la posibilidad de que los futuros avances tecnológicos puedan ser incorporados al ordenamiento jurídico sin encontrar trabas legales en el camino.

El contrato electrónico básicamente es un contrato a distancia porque se utiliza un medio electrónico para la formación de la voluntad y porque a través del medio electrónico existe prueba cierta del negocio jurídico, pues éste es un contrato escrito que consta en un documento electrónico. (Rodríguez, J., 2017)

En tal contexto "La Contratación electrónica es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene o puede tener incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo". (Davara Rodríguez, M., 2008)

Entonces, podemos decir que, el contrato electrónico es el intercambio de información entre personas que da lugar a una relación comercial por medios electrónicos, consistente en la entrega de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles por medios electrónicos sin contacto presencial entre las partes.

Este contrato realizado a través de Internet, se considera perfeccionado con el intercambio de la oferta y la aceptación, sin modificaciones de las mismas. La voluntad de las partes de contratar va a ser exteriorizada a través de la computadora y de las telecomunicaciones en combinación. (Rodríguez, J., 2017)

Por lo tanto la contratación electrónica por medios electrónicos o digitales, es la que se lleva a cabo mediante dispositivos de enlaces electrónicos que se comunican interactivamente por canales de red basados en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados, con el fin de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos. (Davara Rodríguez, M., 2008)

En sentido amplio, los contratos electrónicos son todos aquellos que se celebran por medios electrónicos, informáticos o telemáticos; y en sentido estricto, son aquellos que se celebran mediante el llamado diálogo de computadoras, esto es, entre el ordenador del emisor u oferente, y el ordenador de receptor o aceptante, a través de un red telemática binaria e interactiva de operadores intermedios. (Soto Coaguilla, C., 2002).

Este proceso de contratación en línea, se produce en un espacio virtual que difiere de la negociación y formalización tradicionales de contratos con presencia física de las partes contratantes y también de la venta a distancia o contratación entre ausentes. Internet representa un nuevo ámbito o mercado de contratación.

Es irrelevante que la transmisión se produzca de forma automática conforme a reglas o pautas previamente establecidas por los contratantes, como consecuencia de un mecanismo de inteligencia artificial, o que resulte de una manifestación de voluntad expresa y singular de las partes para cada contrato. Tanto en uno u otro sentido, confiere una tipicidad más o menos definida a estos contratos, además del medio

empleado en su celebración, es la existencia de una problemática jurídica propia y común a todos ello. (Rodríguez, J., 2017)

Por el momento nuestro Código Civil no ha reconocido la contratación electrónica en materia civil, es decir en compraventa de inmuebles, testamentos, sucesiones, constitución de sociedades, etc., reservándola exclusivamente para transacciones en materia mercantil, como prestación de ciertos servicios o compraventas de mercaderías, figura que será analizada en la presente investigación.

2.3. Los principios generales del derecho contractual y la seguridad jurídica en la contratación electrónica:

Nuestro país reconoce los siguientes principios generales en la contratación privada:

- a) El principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad
- B) El principio general de la buena fe
- c) La fuerza obligatoria y
- d) El efecto relativo del contrato

Para Arias Schreiber: "...los dos principios básicos de la teoría del contrato son: la libertad de las partes para celebrar contratos y la fuerza obligatoria del contrato para dichas partes". En tal contexto, esos principios constituyen la fuente de la legitimidad legal de toda contratación privada, que incluye también la contratación electrónica.

A continuación se desarrollará aquellos principios que adquieren especial relevancia para la presente investigación.

2.3.1 El principio de la autonomía privada o autonomía de la voluntad

La libertad individual es la que permite a las personas actuar de acuerdo a su libre albedrío siempre que su conducta no contravenga al ordenamiento jurídico. Esta libertad está consagrada en el artículo 2º, inciso 24, literal "a" de la Constitución Política: "Toda persona tiene derecho a la libertad", y en consecuencia "nadie está obligado a hacer lo que ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

En tal sentido, las personas pueden ejercitar libremente sus derechos, pudiendo así involucrarse en las diversas relaciones jurídicas que le atañen, ejerciendo de esta manera su autonomía privada o autonomía de la voluntad, la misma que adquiere particular importancia en el campo del Derecho de los Contratos.

La noción de autonomía privada, en el Derecho Contractual, se entiende como "El poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí" (De la Puente y Lavalle, M. , 1991) Se trata de la facultad que el Estado concede a los particulares, para autorregularse y reglamentar sus intereses jurídicos generando una relación obligacional entre las partes contratantes.

La autonomía privada, garantiza a los contratantes el ejercicio de dos tipos de libertades:

2.3.1.1 La libertad de contratar: Es aquella que tiene cualquier persona para decidir autónomamente si contrata o no. La libertad de contratar como derecho fundamental se encuentra garantizada en el artículo 2º, inciso 14 de la Constitución Política, que dice que "toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público". La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho.

2.3.1.2 La libertad contractual: Es aquella que permite a las partes contratantes fijar el contenido de su contrato, pudiendo ejercerla ambas partes o solo una de ellas en el caso de los contratos por adhesión, a elegir libremente la forma del contrato, salvo los contratos solemnes. Se encuentra consagrada en el artículo 1354º del Código Civil que nos dice que "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

2.3.1.3 El intervencionismo Estatal: Como se señaló anteriormente, es el Estado quien concede a los particulares la facultad de autorregularse ejercitando su autonomía de la voluntad. En este contexto, el Estado interviene alterando o modificando los contratos privados estableciendo límites a la contratación, con el objetivo de salvaguardar el interés público. Conforme artículo 1355º del Código Civil: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al

contenido de los contratos". Esto inició con el Código Civil de 1984, que se inspiró sobre este punto en el régimen de mutabilidad de los contratos.

Sin embargo según la legislación actual, nadie, salvo las propias partes pueden modificar el contrato, ni siquiera el Estado puede hacerlo, debido a la consagración del artículo 62° de la constitución política de 1993, que sobre la libertad de contratar nos dice que "La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato", y sobre la libertad contractual que "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".

La contratación privada y por lo tanto la contratación electrónica se encuentran garantizadas por el ordenamiento jurídico peruano que protege los contratos entre particulares contra el intervencionismo estatal, asegurando y fomentando el ejercicio de la autonomía privada en la contratación.

2.3.2 La fuerza obligatoria del Contrato

Esto puede encontrarse reflejado en uno de los principios de la contratación privada, el *"pacta sunt servanda"*.

Como reacción contra el formalismo de la legislación romana, en el Derecho medieval nace la regla del *"pacta sunt servanda"* y es en la época del apogeo del liberalismo económico del siglo XVIII, que se consagra en el "Code de Napoléon", en

términos de que “las convenciones legalmente formadas, tienen fuerza de ley respecto de aquellos que las han celebrado”. (Arias-Schreiber, M., 1984)

Siguiendo la tradición jurídica, la recepción legislativa del “*pacta sunt servanda*” se consagra en el artículo 1361º del Código Civil que dice: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos (...)”. Según este principio, los pactos deben ser observados, es decir los contratos deben cumplirse en todos sus términos.

Entonces, desde la perspectiva que lo expresado en el contrato es el fiel reflejo de la voluntad de las partes y atendiendo a su autonomía privada como el poder de autorregulación de sus intereses, los contratantes no pueden negarse a cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato, sobre la base de la norma referida y del principio del “*pacta sunt servanda*” .

El fundamento de la obligatoriedad del contrato, es la protección a una razonable seguridad jurídica que garantice que la relación jurídica creada por el contrato solo podrá ser modificada por causas que a criterio del mismo ordenamiento jurídico realmente lo justifiquen. (De la Puente y Lavalle, M. , 1991)

En principio, cuando las personas deciden contratar, lo hacen libremente y en base al principio de la autonomía de la voluntad y haciendo uso de su libertad contractual, determinan el contenido de los contratos, encontrándose en la situación de poder prever de manera razonable, las posibles contingencias ante un potencial

incumplimiento por cualquiera de ellas, protegiéndose por ejemplo con cláusulas penales en el contrato.

Sin embargo, aunque la teoría clásica del contrato postula que “la igualdad es el alma del contrato”, la realidad es distinta: la necesidad, ignorancia, pobreza, falta de trabajo, entre otros factores, condicionan la asimetría de información y por tanto la desigualdad entre las partes contratantes.

Por esta razón, existen instituciones jurídicas al interior del Código Civil que tienen por finalidad tutelar a la parte más débil de la relación contractual. Estas instituciones que buscan proteger a la parte más débil frente al abuso del otro contratante, son la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la teoría de la imprevisión, la reducción de las cláusulas penales, la invalidez de cláusulas limitativas de responsabilidad o cláusulas abusivas que están concebidas para equilibrar la relación jurídica contractual cuando hechos imprevisibles y extraordinarios han generado un desequilibrio entre las prestaciones de los contratantes, perjudicándose uno de ellos.

Por lo tanto, en el derecho civil peruano, está permitida la revisión de los contratos en sede judicial, con el objetivo de resguardar los derechos de los contratantes perjudicados por los actos de contratantes deshonestos e inescrupulosos o por razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Específicamente en lo que refiere a la contratación electrónica, en relación a la exigibilidad de forma y en virtud al principio de forma consagrado por la legislación peruana , los actos que efectivamente emanen de una contratación celebrada a través de medios electrónicos no traen influencia alguna en la formación del vínculo contractual (Horna, 2002).

En tal sentido, como se ha señalado anteriormente, al modificarse el Art. 141 por la Ley 27291, se precisa que la esencia de la manifestación de voluntad es la "forma", por lo tanto es necesario diferenciar entre forma y medio: La formalidad distinta al medio, así que la formalidad *ad probationem* viene a ser el soporte material, que en el caso de la contratación celebrada por medios electrónicos sería el certificado digital plenamente reconocido por la legislación peruana.

Finalmente, para terminar este punto es necesario precisar que la posibilidad de la contratación celebrada a través de medios electrónicos o contratos electrónicos en el Perú encuentra un asidero legal en la legislación sustantiva civil y con la modificación realizada en el Art. 141 y 1374 y adición del 141-A al Código Civil, mediante la Ley No 27291 "Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica" que valga la redundancia, permite la utilización de medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la utilización de firma electrónica; así como la legislación especial sobre firma y certificados digitales que busca garantizar la seguridad jurídica en redes abiertas como Internet.

2.4. Comercio electrónico y contratación electrónica:

A continuación, se pretende establecer con claridad las diferencias que existen entre ambos términos, es decir quien comprende a cual, pues no existe consenso en la doctrina: algunos autores consideran que el comercio electrónico comprende la contratación electrónica, sin embargo otro sector de la doctrina considera intrínsecamente lo contrario.

El comercio es aquella actividad socioeconómica consistente en el intercambio de algunos materiales que sean libres en el mercado de compraventa de bienes y servicios, sea para su uso, para su venta o su transformación. Es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor.

Los orígenes del comercio se remontan a finales del Neolítico, con el surgimiento de la agricultura y el trueque. Posteriormente, con la invención de la moneda, las rutas comerciales, la introducción de la banca, el transporte transatlántico, las innovaciones en el transporte se ha ido masificando, hasta alcanzar su máximo auge con la globalización y el surgimiento de las nuevas tecnologías. Es en este apogeo del comercio que tiene lugar el nacimiento del comercio electrónico.

Como se ha explicado, en un sentido amplio, el Comercio electrónico (o *e-commerce*), hace referencia a cualquier forma de transacción o intercambio electrónico de bienes, información o servicios, la cual facilita las operaciones comerciales y que genera políticas gubernamentales específicas para mejorar la posición competitiva de

las economías; cuyo intercambio se basa en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como internet, sustituyendo el intercambio o contacto físico directo. (Marquina-Sanchez, M., 2006)

El Comercio electrónico no se limita únicamente a la compra y la venta electrónica de bienes o la prestación de servicios, sino que abarca también otras actividades previas a la venta como marketing, publicidad, trámites ante autoridades de control, interacción con clientes o proveedores y posteriores a la misma como prestación de servicios post ventas, colaboración entre las empresas, etc. Comprende cualquier transacción que se realiza mediante una interacción electrónica o la transmisión de datos sobre redes de comunicación.

En cambio la contratación electrónica "es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo" (Davara Rodríguez, M., 2008). La característica fundamental de esta modalidad contractual es que la intermediación con presencia física de las partes se suprime, surgiendo una interacción electrónica que se realiza a través del Internet o cualquier otro medio electrónico.

Como se ha apuntado en títulos anteriores, la contratación electrónica está referida específicamente al acuerdo de voluntad que pueda surgir por los medios electrónicos para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial, mientras

que el comercio electrónico abarca un espectro mucho más amplio comprende la contratación electrónica además de todas las formas de transacciones electrónicas incluida la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de comunicaciones. Éste se da entre empresa y consumidor, entre empresa y empresa, entre empresa y autoridad, y entre consumidor y autoridad.

En Internet todas o al menos la gran mayoría de las actividades, se realizan a través de la ejecución y/o celebración de actos y/o contratos. Si bien, tanto el comercio electrónico como la contratación electrónica ofrecen evidentes ventajas como la rapidez, la accesibilidad, la mayor oferta y en algunos casos otros beneficios adicionales, no están exentos de riesgos: tratándose de una red abierta a las que puede acceder cualquier persona, no existe un filtro previo al negocio, resultando en estafas, robos y otros delitos.

Por lo antes señalado, es apremiante contar con mecanismos de seguridad, tanto jurídicos como tecnológicos que hagan confiable esta nueva forma de negociar.

2.5. Clasificación de los contratos electrónicos:

En este título, no se pretende desarrollar exhaustivamente cada uno de los tipos de contratos electrónicos que existen, porque no son objeto de la presente investigación, sino simplemente dar a conocer una clasificación general pues existe gran diversidad de contratos informáticos.

La clasificación se refiere a contratos electrónicos por Internet y se presenta con fines didácticos, reiterando que se abordará de forma general para posteriormente ahondar en la contratación electrónica por aplicaciones móviles.

2.5.1 Por su forma de ejecución:

2.5.1.1 Contrato electrónico de ejecución directa: Es aquel que permite la entrega virtual de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no precisen de presencia física de su prestador. Esta entrega o prestación puede ser, a su vez, inmediata o diferida, como pueden ser: adquisición de licencias de uso de programas informáticos, derechos sobre canciones y vídeos o la contratación de servicios de hosting, gestión de pagos, y servicios virtuales.

2.5.1.2 Contrato electrónico de ejecución indirecta: Es aquel que para su perfeccionamiento requiere la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial de servicios. Su ejecución es necesariamente diferida. Entre estos contratos tenemos como ejemplo, compra de ropa, contratación de pintor de casas, contratación de servicios veterinarios.

2.5.2 Por la emisión de las declaraciones:

2.5.2.1 Contrato electrónico puro: En esta modalidad, las declaraciones de voluntad se manifiestan íntegramente a través de medios electrónicos tales como el correo electrónico, las páginas interactivas, las aplicaciones móviles.

2.5.2.2 Contratos Reactivos: Son los que exigen de las partes el uso de herramientas adicionales de comunicación para poder llevar a cabo la contratación. Son los más

comunes en sistemas de micro pagos, contratación de servicios personalizados y venta por catálogo como pueden ser: contratación a través de correo electrónico, suscripción a servicios por medio del envío de *SMS*.

2.5.2.3 Contratos Interactivos: El lugar en que se encuentra la oferta permite por sí mismo efectuar la contratación. Entre estos, tenemos los siguientes:

2.5.2.3.1 Contratos “*click*”: La formalización del contrato exige del aceptante una manifestación expresa de voluntad, que otorga pulsando el botón que se indica a tal efecto y que habitualmente contiene la palabra “Acepto”, como puede ser la aceptación por medio de *click* de las condiciones de uso de una red social *online*.

2.5.2.3.2 Contratos “*browse*”: El contrato se formaliza con el simple acceso a la página web o sitio, sin necesidad de aceptación expresa, como por ejemplo la aceptación tácita de las condiciones de uso de una página web o de su aviso legal.

2.5.2.4 Contrato electrónico mixto. Esta modalidad de contratación combina sistemas electrónicos de manifestación de voluntad con otros tradicionales. Ejemplo: Descarga de formulario de solicitud de pedido para su envío físico por fax o correo postal.

2.5.3 Por los sujetos que son parte del contrato electrónico:

2.5.3.1 Contrato electrónico de consumo: El contrato será de consumo cuando en él participe por lo menos un consumidor o usuario, como la compra de pasajes aéreos a través de la página web de una aerolínea.

2.5.3.2 Contrato electrónico mercantil: El contrato será mercantil cuando todas las partes contratantes sean empresarios o profesionales, como ejemplo el contrato que celebra una compañía maderera con una empresa dedicada a la carpintería para la compra-venta de madera para la fabricación de sillas.

2.5.4 Por la forma de pago

2.5.4.1 Contrato con pago electrónico: Es aquel contrato que tiene como medio de pago el dinero electrónico, comúnmente: pago con tarjeta de crédito, transferencia bancaria, PayPal, tokens, entre otros.

2.5.4.2 Contrato con pago tradicional: Es aquel contrato en el que el medio de pago escogido es el dinero en efectivo o cheque, pudiendo entregarse mediante su envío postal o contra reembolso.

2.5.5 Por el objeto del contrato:

Esta clasificación está íntimamente unida a la indicada por forma de ejecución.

2.5.5.1 Contratos de entrega:

2.5.5.1.1 Contratos de entrega material: Para su perfeccionamiento requieren la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial de servicios.

Su ejecución es necesariamente diferida.

2.5.5.1.2 Contratos de entrega inmaterial: Se perfeccionan con la entrega de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no precisen de presencia física de su prestador

2.5.5.2. Contratos de prestación:

2.5.5.2.1 Contratos de prestación instantánea: Son aquellos cuya contraprestación es exigible inmediatamente después de realizado el contrato, como puede ser la compra de un juego en línea.

2.5.5.2.2 Contratos de prestación diferida: Se trata de aquellos contratos cuya contraprestación es exigible a cierto plazo después de realizado el contrato, como por ejemplo la compra de ropa en línea. (Burgueño, P., 2010)

2.5.6 Por el medio digital:

Esta clasificación refiere al canal digital en el que se lleva a cabo la contratación.

2.5.6.1 Contratos mediante correo electrónico (Off line): Este tipo de contratos se dan cuando dos o más sujetos acuerdan utilizar el correo electrónico para la negociación, perfeccionándose el contrato de esta manera. Los mensajes de correo electrónico no revisten la inmediatez de otros medios, pues este canal digital, si bien es mucho más rápido que el correo tradicional, implica cierto retraso en la comunicación, en relación a una compraventa entre presentes.

En tal sentido, podemos afirmar que las normas aplicables a este tipo de contratos son las que corresponden a la contratación entre ausentes, aplicándose la presunción de que las comunicaciones se consideran realizadas cuando el destinatario las lee.

Finalmente, este tipo de contratos admite negociación y discusión, por lo que dependiendo del caso, pueden ser tanto de adhesión o de libre discusión.

2.5.6.2 Contratos mediante página web (On line): Este tipo de contratos se realiza cuando las partes hacen uso de un sitio web para realizar la transacción de manera interactiva. En este caso el consumidor debe indicar si ha leído y aceptado las cláusulas que allí se establecen, para perfeccionar la relación contractual, y someterse a los términos que en la página se detallan. Esto es comúnmente realizado, cuando se requiere o solicita al consumidor que haga "*click*" en el botón de aceptar que aparece en su pantalla, antes de que la transacción pueda ser completada. Se trata de la modalidad de contratos "*click*" antes desarrollada y la prestación puede o no ser diferida, dependiendo del producto adquirido.

2.5.6.2 Contratación electrónica mediante aplicaciones móviles: Estos contratos se realizan haciendo uso de una aplicación móvil, previamente descargada en un dispositivo inteligente. Al momento de la descarga, en la mayoría de aplicaciones móviles el consumidor crea una cuenta de registro y se le asigna un usuario. En adelante, el usuario podrá usar la aplicación y contratar a través de ella sin necesidad de proporcionar sus datos una y otra vez. El proceso se simplifica a un *click* y la compra se puede hacer efectiva rápidamente sin necesidad de navegar en la red.

Por estas facilidades de portabilidad e inmediatez y la oportunidad para las empresas de solicitar el consentimiento de los consumidores de manera sencilla, esta

modalidad de contratación crece cada día más, de tal forma que se crea un mercado potencial ilimitado, en el cual los acuerdos en línea regirán las relaciones comerciales, tema que será ampliamente desarrollado en los siguientes capítulos.

2.6 Importancia del análisis jurídico y tecnológico de los contratos electrónicos:

Gracias a la globalización, han surgido nuevas tecnologías y se han creado nuevas formas de interacción comercial, con la consiguiente necesidad de celebrar contratos. El análisis de estas figuras jurídicas nuevas resulta indispensable pues el derecho como ciencia social debe ir actualizándose a la par de los acontecimientos.

Sin duda alguna, estas tecnologías seguirán cambiando y mejorando constantemente en el futuro, lo que demandará un trabajo constante para lograr la base doctrinaria que pueda sostenerla; y sin lugar a dudas los esfuerzos de los analistas jurídicos y expertos en sistemas informáticos tendrán que concursar en esta tarea que deberá aplicar la doctrina jurídica a estas nuevas relaciones comerciales.

El aporte de ambos profesionales es de vital importancia: Es tan indispensable la asesoría legal de un abogado para la redacción y conducción de los contratos electrónicos como los conocimientos técnicos de un ingeniero o profesional en informática en lo que refiere a los usos tecnológicos de esta era digital. (Crovi, D, 2017) Esta interrelación debe ser constante y mutuamente provechosa, en beneficio de la economía en general y del bienestar del consumidor en particular.

CAPITULO III

LA COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS)

A continuación se pretende explicar el proceso de contratación electrónica de compraventa a través de aplicaciones móviles, para entender cabalmente su funcionamiento y analizar sus ventajas y desventajas desde una perspectiva técnica, jurídica y económica.

3.1 Aplicaciones móviles: Concepto, antecedentes y aspectos generales

Una aplicación móvil o *app* (en inglés) es un programa informático diseñado para ser ejecutado en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles y que permite al usuario efectuar una tarea concreta de cualquier tipo: profesional, de ocio, educativas, de acceso a servicios, etc., facilitando las gestiones o actividades a desarrollar. (Santiago, R., 2015)

En esencia, una aplicación no deja de ser un *software*. Para entender un poco mejor el concepto, podemos decir que las aplicaciones son para los dispositivos móviles lo

que los programas son para los ordenadores de escritorio. (Cuello, J. y Vittone,J., 2013-2015)

El término *app* se volvió muy popular rápidamente, tanto que el año 2010 fue listada como *Word of the Year* (Palabra del Año) por la American Dialect Society. (American Dialect Society, 2011)

3.1.1 Orígenes

Respecto al origen de las aplicaciones móviles, no hay un criterio unánime aceptado por la comunidad tecnológica, sin embargo podemos situarlo en los años 90, con las primeras aplicaciones de juegos, de tonos de llamada-aviso “*Ringtone*”, calendarios, agendas y alarmas que venían incluidas en los sistemas operativos de Nokia o Blackberry. En sus inicios, las aplicaciones estaban estrictamente enfocadas en mejorar la productividad personal de los usuarios.

Los teléfonos móviles de esa época, contaban con pantallas reducidas y muchas veces no táctiles, y son los que ahora llamamos *feature phones*, en contraposición a los *smartphones*, más actuales. (Cuello, J. y Vittone,J., 2013-2015)

El popular Tetris fue el primer juego instalado en el año 1994 en un teléfono móvil de manufactura danesa, el Hagenuk MT-2000. Tres años más tarde Nokia lanzó el juego de mayor aceptación hasta el momento: el *Snake*. Este juego y sus variantes fue preinstalado en más de 350 millones de dispositivos móviles de la marca finlandesa.

Posteriormente, hacia el año 2000 la incursión tecnológica del protocolo de aplicaciones inalámbricas o WAP por sus siglas en inglés (*Wireless Application Protocol*) hizo posible un incremento considerable en la capacidad para la descarga de juegos distribuidos por los operadores de telefonía. Sin embargo, las descargas eran mínimas y el volumen de negocio resultaba ínfimo en comparación con las consolas de video, cuyo auge estaba en su máximo apogeo en la misma época.

Hacia el año 2006, se produjo un gran cambio en el mercado con el ingreso del *iPhone*, pues con él se forjaron nuevas formas de negocio que rentabilizaron a las aplicaciones móviles. A la postre, con el lanzamiento del App Store de Apple en 2008 se consolidó el mercado de *markets* o plataformas de distribución digital operadas por las compañías propietarias de los sistemas operativos móviles (Windows, iOS, Android, etc.) Actualmente, las *markets* principales son tres: App Store, Google Play y Windows Phone Store.

Simultáneamente, también mejoraron las herramientas de las que disponían diseñadores y programadores para desarrollar aplicaciones móviles, facilitando la tarea de desarrollar una aplicación móvil y lanzarla al mercado, incluso por cuenta propia. En tal sentido, esta nueva generación de profesionales dejó de enfocarse únicamente en mejorar la productividad personal de los usuarios para crear infinidad de nuevas aplicaciones móviles: de noticias, de juegos, de entretenimiento (YOMVI), de ocio (OCIONE), para descargar archivos (*Tubemate*), herramientas de comunicación

(*Whatsapp*), redes sociales (*Facebook, twitter, instagram, snapchat*) comerciales (*amazon, ebay, aliexpress*), educativas, etc.

3.2 Clasificación de las aplicaciones móviles

Una vez más se presenta una clasificación didáctica y general de las distintas aplicaciones móviles, pues como se ha señalado anteriormente existen infinidad de ellas para facilitar la vida de los usuarios en prácticamente todos los campos de necesidad.

Las App se pueden clasificar atendiendo a diversos criterios, entre ellos:

3.2.1 Por sus efectos psicosociales y/o psicopedagógicos:

3.2.1.1 App capacitadoras: aquellas que permiten o incitan a buscar posibilidades nuevas o fomentar la creatividad.

3.2.1.2 App de dependencia: aquellas que nos impiden, limiten o determinen nuestros actos, capacidad de elección, creatividad, etc. (Gardner, H y Davis K., 2014)

3.2.2 Por el tipo de contenido que ofrecen al usuario:

3.2.2.1 De entretenimiento: donde se encuadran mayoritariamente las apps de juegos.

3.2.2.2 De relación social: dirigidas a la comunicación interpersonal

3.2.2.3 De producción o utilitarias: proporcionan instrumentos para la resolución de tareas específicas que requieren inmediatez y rapidez para solucionar problemas, en especial en el sector empresarial y comercial.

3.2.2.4 Educativas o informativas: diseñadas y desarrolladas como transmisoras de la información y el conocimiento donde se prioriza el acceso a los contenidos y a las herramientas de búsqueda mediante un interfaz de navegación lo más sencillo y fácil posible.

3.2.2.5 Creativas: ofrecen herramientas que potencien la creatividad literaria, musical (y sonora), fotográfica o video-gráfica.

3.2.2.6 Publicitarias: con fines comerciales la gran mayoría son de distribución gratuita. (Cuello, J. y Vittone, J., 2013-2015)

3.2.3 Por las condiciones de distribución:

Pueden clasificarse como gratuitas, de pago y “*freemium*”, las cuales permiten su descarga inicial gratuita para un uso limitado y básico, posibilitando posteriormente el acceso a funcionalidades más avanzadas previo pago.

3.2.4 Por la edad de destino de los usuarios del contenido:

Las *markets* o tiendas de aplicaciones han establecido una clasificación del contenido por tramos de edades de “4+, 9+, 12+ y 17+”, que limita el acceso a la descarga una aplicación, cuyo uso pueda resultar inapropiado para menores.

3.2.5 Por el tipo de diseño y desarrollo:

Como ya se ha especificado en títulos anteriores su diseño y desarrollo permite diferenciar entre aplicaciones: (Santiago, R., 2015)

3.2.5.1 Genéricas o de “diseño líquido”: Prácticamente todo el diseño y programación de lenguaje es compatible con la mayoría de los dispositivos. Dentro de esta clasificación se encuentran las aplicaciones o *web apps*, que pueden ser fácilmente utilizadas en distintas plataformas sin mayores inconvenientes y sin necesidad de desarrollar un código diferente para cada caso particular. Una web app es sencillamente una versión de página web optimizada y adaptable al tamaño de la pantalla según sea necesario, distribuyendo los bloques de texto, gráficos o tablas de forma diferente cuando se navega desde un Smartphone, una Tablet o un ordenador a cualquier dispositivo móvil independientemente del sistema operativo que utilice. Las *web apps* son ejemplo del diseño líquido, ya que se puede pensar en ellas como un contenido que toma la forma del contenedor, mostrando la información según sea necesario. (Cuello, J. y Vittone,J., 2013-2015)

Las aplicaciones web no necesitan instalarse, ya que se visualizan usando el navegador del teléfono como un sitio web normal. Por esta misma razón, no se distribuyen en una tienda de aplicaciones, sino que se comercializan y promocionan de forma independiente.

Al tratarse de aplicaciones que funcionan sobre la web, no es necesario que el usuario reciba actualizaciones, ya que siempre va a estar viendo la última versión. Pero, a diferencia de las apps nativas, requieren de una conexión a Internet para funcionar correctamente.

3.2.5.2 Híbridas: Este tipo de aplicaciones presentan determinados componentes de la programación comunes para todos los dispositivos inteligentes y otro porcentaje es específico, dependiendo del sistema operativo. Este tipo de aplicaciones es una suerte de combinación entre las aplicaciones genéricas y nativas. La forma de desarrollarlas es parecida a la de una aplicación web y una vez que la aplicación está terminada, se compila o empaqueta de forma tal, que el resultado final es como si se tratara de una aplicación nativa.

Esto permite casi con un mismo código obtener diferentes aplicaciones, por ejemplo, para Android y iOS, y distribuirlas en cada una de sus tiendas.

A diferencia de las aplicaciones web, estas permiten acceder, usando librerías, a las capacidades del teléfono, tal como lo haría una app nativa. (Cuello, J. y Vittone, J., 2013-2015)

3.2.5.3 Nativas: Son aquellas que han sido desarrolladas con el software que ofrece cada sistema operativo a los programadores, llamado genéricamente *Software Development Kit* o SDK. Así, Android, iOS y Windows Phone tienen uno diferente y las aplicaciones nativas se diseñan y programan específicamente para cada plataforma, en el lenguaje utilizado por el SDK.

Este tipo de apps se descarga e instala desde las tiendas de aplicaciones, se actualizan frecuentemente y en esos casos, el usuario debe volver a descargarlas para obtener la última versión, que a veces corrige errores o añade mejoras.

Una característica de este tipo de aplicaciones, es que pueden hacer uso de las notificaciones del sistema operativo para mostrar avisos importantes al usuario, aun cuando no se esté usando la aplicación, como los mensajes de *Whatsapp*, por ejemplo.

Además, no necesariamente utilizan Internet para funcionar, por lo que ofrecen una experiencia de uso más fluida y están realmente integradas al teléfono, lo cual les permite aprovechar todas las características del dispositivo inteligente, como la cámara y los sensores (GPS, acelerómetro, giróscopo, entre otros). (Cuello, J. y Vittone, J., 2013-2015)

3.3 Contratación electrónica por aplicaciones móviles

En el título anterior, se han descrito los tipos de aplicaciones móviles que existen actualmente en el mercado. Dependiendo de las características particulares de cada una, del tipo de producto que ofrecen y del público al que están dirigidas, pueden tener la funcionalidad necesaria para que el usuario las utilice para contratar.

Básicamente, al descargar la aplicación al dispositivo inteligente tiene lugar un contrato implícito: el de uso de la aplicación, independientemente si la misma es gratuita o de pago. Ahora bien, si se trata de una aplicación móvil de pago, el usuario debe pagar de forma periódica o bien realizar un pago único para acceder al contenido

y funciones de la aplicación: un contrato de suscripción entre el usuario y la empresa titular de la aplicación.

Finalmente, existen aplicaciones móviles que específicamente permiten comprar ciertos contenidos o productos, simplemente presionando el botón “comprar ahora”, lo que simplifica enormemente el proceso de contratación, comparándola con la contratación vía página web en la que el usuario debe acceder completando formularios una y otra vez.

La idea de comprar usando un dispositivo inteligente, frente a utilizar la computadora resulta bastante ventajosa: La utilización de una computadora es incompatible con el concepto del binomio movilidad-navegación. (Instituto Nacional de Estadística de España, 2016) El mercado actual exige que la información y el acceso a la compra de está al alcance de la mano en cualquier lugar y en cualquier momento, incluso mientras realiza otras actividades que impliquen desplazamiento.

En tal contexto, es predecible que cada vez más empresas prefieran colocar sus productos en plataformas informáticas, permitiendo a sus potenciales consumidores realizar compras mediante aplicaciones móviles antes que ofertarlos en páginas web, naciendo así una tendencia mundial: “primero el móvil” o “*mobile first*” que se explica a continuación.

3.3.1 La tendencia “*mobile first*”: Primero el móvil

Es posible que previamente a la introducción de una aplicación móvil, exista un antecedente en una página web ya funcional, sobre todo cuando el titular es una empresa consolidada con varios años en el mercado.

En esos casos, la *app* tiene que tomar las funciones y contenidos que se han pensado para la web y adaptarlos para que tengan sentido, de acuerdo al tamaño de pantalla y a la forma de interacción de un móvil. (Cuello, J. y Vittone, J., 2013-2015) Si se trata de una página web que permite al usuario realizar compras en línea, la aplicación móvil también debe ofrecer esa función, incluso simplificándola.

Sin embargo, si se trata de empresas que van a surgir en el mercado, cuando todavía no hay ni página web ni aplicación móvil, la estrategia de colocación del producto inicia desde cero y hay que decidirse por cuál de ellas empezar. Aquí es donde adquiere más trascendencia el concepto de *mobile first*, que implica plantear el proceso de diseño teniendo en cuenta el teléfono móvil en primer lugar. (Wroblewski, L., 2017)

Una vez que la aplicación móvil ha sido diseñada, se puede plantear la posibilidad de llevarla a una pantalla de computador o a otros dispositivos, extendiendo y adaptando el contenido de acuerdo a las características particulares de cada uno de ellos.

Mobile first es una tendencia emergente que aún está por consolidarse (Wroblewski, L., 2017) pero que está generando un precedente en la visión empresarial y en las estrategias comerciales que rigen el mercado actual, que busca satisfacer las expectativas de la nueva generación de consumidores nativos digitales.

3.4. Contrato de compraventa nacional e internacional por aplicaciones móviles

Desde el punto de vista tecnológico, el contrato de compraventa mediante aplicaciones móviles, se realiza de forma muy similar, sea nacional o internacional: el usuario debe descargar la aplicación, crear una cuenta y registrar en ella sus tarjetas de crédito. A continuación basta con pulsar el botón que dice “comprar ahora” para concretar la transacción.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica el tratamiento legal de la compraventa mediante aplicaciones móviles, no resulta tan simple.

No existe criterio unánime respecto al derecho y jurisdicción aplicable a estos contratos, pues no existe regulación expresa respecto a ellos. Pese a ser una forma de contratación cada vez más extendida en el Perú, no se percibe como segura: se aprecia una desconfianza del usuario, de los empresarios e inclusive de los abogados, acerca de la real validez de este tipo de contratos electrónicos. En otras palabras, se acepta el riesgo.

Por esta razón, ante la falta de regulación expresa en la legislación peruana, específicamente respecto a la compraventa mediante aplicaciones móviles, debemos remitirnos a la regulación prevista de forma general para los contratos electrónicos en el Perú, la que recae en el Código Civil Art. 141 y 1374 y la adición del 141-A al Código Civil, mediante la Ley No 27291 "Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica"; así como la legislación especial sobre firma y certificados digitales que busca garantizar la seguridad jurídica en redes abiertas como Internet.

Respecto a las transacciones internacionales, es necesario remitirse a la costumbre y usos internacionales modernos.

Dentro de estos usos o costumbre internacionales, se deben analizar las diferentes perspectivas: Si es la empresa quien fija las reglas que regirán la compraventa, lo que ocurre en la mayoría de compras mediante aplicaciones móviles, el tratamiento será el de un contrato de adhesión. Si la aplicación móvil admite la posibilidad de negociación de las condiciones de la compraventa entre las partes, entonces se trata de un contrato de libre discusión.

En general se admite la inoperancia de las reglas para los contratos entre ausentes, criterio que puede utilizarse también en compraventas en "*chat rooms*" o en grupos de

discusión informativos, si las comunicaciones fueran inmediatas, tema que será abordado con detalle en el siguiente título.

3.5. Compraventa mediante aplicaciones móviles: ¿Contratos entre ausentes o entre presentes?

Respecto a este punto, el análisis de la compraventa celebrada a través de una aplicación móvil es más complejo que un contrato de compraventa tradicional. Para eso, se debe tomar en cuenta los siguientes criterios: (Lorenzetti, R., 1999)

3.5.1 La presencia física de los contratantes:

Se debe tomar en cuenta que un contrato que celebran personas que no están físicamente presentes, requiere de un tiempo para que se perfeccione. En este caso, debe considerarse como contrato a distancia o entre ausentes, pero hay que detenerse en el proceso de compra mediante la aplicación, pues dependiendo de la empresa y del producto, la aplicación puede funcionar de diferente forma:

- Contratos entre presentes: Se consideran celebrados en forma instantánea o de formación sucesiva, siempre que el oferente conceda a la otra parte presente, un plazo de deliberación para aceptar. Cuando hay diálogos interactivos que importan actos instantáneos, se considera que la celebración es entre presentes en relación al tiempo.

- Contratos entre ausentes: Se trata de contratos celebrados por personas físicamente distantes, así que el contrato tendría que ajustarse a las normas relativas a la contratación entre ausentes, sin embargo la distancia geográfica se ve neutralizada por el medio utilizado, ya que la comunicación es instantánea.

3.5.2 La distribución de riesgos:

La contratación entre ausentes se caracteriza porque entre la oferta y la aceptación existe un tiempo relevante en cuanto a la posibilidad de ocurrencia de riesgos que hay que distribuir. Los riesgos son: muerte, incapacidad, quiebra o retractación. Esto se puede resolver en cada caso en particular; consignando las previsiones pertinentes en los contratos o por medio de una ley. (Lorenzetti, R., 1999)

3.5.3 El tratamiento de la Ley Peruana

En el Perú, si bien la compraventa por aplicaciones móviles tiene como característica la ausencia de las partes en la perfección del negocio, no se ajusta en términos absolutos a la contratación entre ausentes, debido a que la oferta y la aceptación se producen inmediatamente, casi en tiempo real, lo que la hace más parecida a una contratación entre presentes que entre ausentes, por lo que se puede decir que se trata de una contratación entre ausentes en tiempo real.

De acuerdo al artículo 1373° del código civil, el contrato se perfecciona en el momento y el lugar que la aceptación es conocida por el oferente y según la

modificación del artículo 1374° del mismo código, por la Ley N° 27291, "Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica"; si la aceptación se realiza a través de medios electrónicos, se presumirá la recepción de la misma cuando el remitente (aceptante) reciba el acuse de recibo; con lo cual se debe entender que el contrato de compraventa a través de aplicaciones móviles, se perfecciona en el momento que el aceptante de la oferta reciba acuse de recibo de su aceptación por parte del oferente.

3.6. Identidad de las partes:

En la actividad comercial tradicional, comprador y vendedor concretan la transacción de forma presencial. En muchas ocasiones, sea con un trato directo entre las partes o a través de la figura de la representación, el acuerdo se desarrolla en una serie de reuniones físicas, que propician un conocimiento "real" de quién es la otra parte. Asimismo, dependiendo del tipo de contrato, es necesario o recomendable la intervención de un tercero para dar fe de la identidad y capacidad de representación de los intervinientes: Un Notario.

Sin embargo, en el escenario de una compraventa a través de aplicaciones móviles, las partes contratantes no se conocen personalmente.

Al momento de descargar la aplicación, esta tendrá acceso automático a datos sensibles que el usuario previamente ha registrado en su teléfono o dispositivo inteligente, por lo que no es necesario identificarse cada vez que realiza una transacción usando la aplicación móvil. Si se trata de una compraventa, el desembolso suele ser por adelantado y a través de un medio de pago electrónico, así que desde el punto de vista del vendedor, no hay mayor desconfianza.

El panorama es distinto para el usuario/comprador. A pesar de durante el año 2016, el Perú ha aumentado considerablemente su nivel de compras por internet (Consultora Ipsos, 2016), no podemos pasar por alto que los usuarios mantienen una mentalidad contractual tradicionalista: el contrato debe negociarse, las partes deben conocerse personalmente entre sí y el acuerdo debe sellarse con un apretón de manos. El hecho de desconocer la identidad “real” de la otra parte, genera desconfianza si la aplicación móvil no pertenece a una empresa que ostente una buena reputación en el mercado tradicional.

En el mundo virtual, la reputación de las aplicaciones móviles y en algunos casos de los vendedores, también puede establecerse de acuerdo a la experiencia de usuarios o compradores que ya han contratado. Así se puede tener una mejor idea de con quien se está contratando, sin embargo la globalidad añade factores que incrementan exponencialmente los riesgos en este tipo de contratos.

Descontando el riesgo de estafa, que está presente en cualquier compraventa sin importar la forma en que sea realizada, en el caso especial de las efectuadas mediante aplicaciones móviles presentan una dificultad mayor para accionar legalmente, en caso que el estafador se esconda tras una identidad falsa e intente eludir sus obligaciones contractuales.

Además del riesgo de estafa, existe también el peligro de mal uso de información sensible del usuario. Los hackers informáticos pueden introducir *malvares* móviles a través de aplicaciones móviles que parecen "buenas" y son distribuidas a través de markets o mercados de aplicaciones móviles. Los usuarios desprevenidos instalan estas aplicaciones en sus dispositivos móviles sin hacer ninguna investigación sobre la aplicación o sus desarrolladores, abriendo así la puerta a un ataque con valiosos datos como objetivo.

Finalmente existe el riesgo de suplantación de la identidad del usuario/ comprador. Como se refirió anteriormente, la aplicación móvil no ejecuta una comprobación de identidad del usuario, así que basta con que el teléfono sea robado, extraviado o usado por otra persona para que se puedan realizar compras fraudulentas.

Por estos motivos resulta imprescindible el uso de herramientas de seguridad que nos permitan verificar y validar la identidad de la persona que está realizando la transacción, en tiempo real y de forma automática.

3.7. Proceso de Compraventa mediante aplicaciones móviles:

Hasta este punto, se han desarrollado distintas aristas de la contratación electrónica de compraventa a través de aplicaciones móviles, desde un punto de vista jurídico, técnico y teórico. En el presente título se explicará el proceso de compraventa mediante aplicaciones móviles desde una perspectiva más empírica. Para graficar lo antes dicho y que no quede duda alguna, a continuación se propone dos ejemplos, con aplicaciones móviles que actualmente gozan de gran popularidad en el mercado digital:

3.7.1. Compraventa de contenido: Pokémon Go.

Se trata de la aplicación nativa de juego para teléfonos móviles más popular del año 2016 a nivel mundial. Su éxito fue tan grande que disparó el valor de las acciones de Nintendo (Empresa titular de la aplicación móvil) y Japón consideró en el término “Pokémon go” como un neologismo en su diccionario.

Pese a ser de descarga gratuita, la aplicación recaudo una cifra histórica de aproximadamente de 600 millones de dólares en octubre de 2016, superando en tiempo de recaudación a aplicaciones móviles como *Candy Crush* y *Clash of Clans*. (El Comercio, 2017)

El juego impulsa la compra de contenido *app-in* mientras el usuario avanza en el juego: Un informe asegura que en un solo día el videojuego logró casi la mitad de todas

las compras móviles del mundo y ha hecho gastar dinero en “pokemonedas” a quienes nunca habían hecho compras en una aplicación móvil. (Slice Intelligence, 2016)

El contenido que esta aplicación oferta lo presenta en forma de “pokemonedas”, una suerte de dinero virtual que sirve para adquirir objetos dentro del juego. El proceso de compra es sencillo: una vez descargada la aplicación móvil, se asigna un nombre de usuario, quien al empezar a jugar debe seleccionar la opción “Tienda” y elegir el paquete de pokemonedas que más le convenga. Una vez elegido, la aplicación solicitará los datos de la tarjeta de crédito del usuario y procederá a la entrega virtual del contenido, previa confirmación del pago.

De acuerdo a lo tratado en títulos precedentes, se trata de un contrato electrónico de ejecución directa, pues permite la entrega virtual e inmediata de bienes inmateriales.

3.7.2. Compraventa de bienes: *Aliexpress*

Aliexpress.com es una compañía fundada en el año 2009 con el objetivo de abrir un mercado que ofrezca todo tipo de productos a precios de fábrica directos de China a los consumidores, tanto a empresas como individuos sin ningún requisito mínimo de orden. Las órdenes al comprar en *Aliexpress* pueden ser tan pequeñas como un solo producto o tan grandes como cientos del mismo producto. Tratándose de compras directas entre el fabricante y el consumidor final, los precios son realmente inmejorables y la seguridad y simplicidad en el uso de la aplicación móvil la posiciona entre las mejores aplicaciones para realizar compras.

A diferencia del caso anterior, esta aplicación móvil fue creada a partir de una página web, optimizando y simplificando el proceso de compra, el que se describe a continuación:

Una vez que se descarga la aplicación al dispositivo móvil, se asignará un usuario al comprador, previo registro de sus datos, incluyendo su tarjeta de crédito o débito. A continuación se le ofrece un muy amplio abanico de productos. El usuario puede filtrar los productos de su interés de acuerdo a distintos criterios, como pueden ser el rango de precio, color, si se ofrece envío gratuito entre otros.

Una vez que se elige el producto y características específicas, se selecciona la opción “Comprar ahora” y se confirman los datos de envío del producto.

Dependiendo de cada caso, el envío hasta el Perú puede ser gratuito o puede aplicarse alguna tarifa mínima, salvo que el usuario tenga urgencia en la entrega del producto, en cuyo caso puede solicitar un servicio de entrega rápida. En ambos casos, el servicio de entrega constituye un contrato distinto y complementario al contrato de compraventa.

Respecto al pago, esta aplicación utiliza un sistema de fideicomiso: Como se ha indicado al inicio, la empresa es una plataforma de venta para el mercado chino, en tal sentido el dinero es retenido por la compañía antes de pagarle al vendedor para asegurar al usuario la mayor satisfacción por su compra.

La aplicación permite hacer seguimiento al producto, desde el momento en que es enviado por el vendedor hasta que es entregado en su destino final, permitiendo al usuario hacer consultas en línea al vendedor.

Una vez que el usuario recibe el producto, simplemente debe confirmar su recepción y el vendedor recibe finalmente el pago, con la liberación del dinero que se encontraba bajo fideicomiso.

Se trata de un contrato electrónico de ejecución indirecta, pues requiere para su perfeccionamiento de la entrega física y diferida de bienes materiales.

Ambas transacciones electrónicas son compraventas, en la que la empresa titular de la aplicación móvil es el vendedor y el usuario el comprador. La principal obligación de la tienda virtual será transferir la propiedad del bien adquirido y de haberlo pactado el envío satisfactorio del bien al domicilio del usuario, asumiendo la tienda el riesgo del bien hasta la entrega. De otro lado el comprador tiene la obligación del pago del precio.

En los siguientes títulos se explicará con detenimiento la perspectiva jurídica las etapas del proceso de contratación que se ha ejemplificado.

3.7.3. Oferta en línea:

En términos generales, se impone el respeto a las reglas con relación a los usuarios/compradores, quienes a su vez son titulares de una serie de derechos que el vendedor debe respetar. La obligación principal del vendedor respecto al consumidor, se refiere a realizar una oferta transparente, vale decir brindar información concreta y precisa sobre los productos y servicios que se ofrecen en la aplicación móvil.

Conforme al Art. 5-b del Decreto Legislativo 716 "el consumidor tiene el derecho de recibir toda la información necesaria para tomar una decisión a realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios". En tal contexto, el vendedor a través de su aplicación móvil, debe ofrecer información clara y oportuna para que el consumidor pueda tomar una decisión adecuada con relación al producto o servicio que se ofrece, y no admita cualquier forma confusa o imprecisa de la información en la oferta del producto. Sin embargo este artículo omite precisar la naturaleza de las informaciones que debe presentar, esto constituye una laguna importante que perjudica directamente a los intereses y la protección del consumidor. (Rodriguez, J., 2017)

Con relación a este aspecto, la Unión europea ha desarrollado un marco jurídico bastante amplio en el cual otorga protección a los consumidores. Así la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y el consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección a los consumidores en materia de contratos a distancia, establece que previamente a la celebración de cualquier contrato a distancia, el consumidor debe

contar con la siguiente información: la identidad del proveedor, las características esenciales del bien o servicio, el precio correspondiente, incluido los impuestos, los gastos de entrega, las modalidades de pago, de entrega y el plazo de validez de la oferta.

Solo una oferta que ofrezca todos estos datos podrá ser considerada como una verdadera oferta que comprometa al usuario.

3.7.4 Condiciones generales de venta:

La obligación de información del vendedor no se limita únicamente a las características del producto. El usuario debe ser informado también de todas las condiciones o acuerdos que van a regir la compraventa.

En el Perú, la Ley de Protección al Consumidor no obliga expresamente al vendedor a presentar a los usuarios o clientes las condiciones generales de venta, sin embargo esto constituye consecuencia directa del derecho de información al consumidor. Conforme al Código de Protección al Consumidor, este derecho implica que este pueda acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

Para que la información resulte oportuna, es indispensable que el comprador pueda contar con ella con anterioridad a la celebración del contrato.

3.7.5 Pedido en línea: Compromiso en línea

Respecto a este punto, nuestro Código Civil establece que los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, manifestado por la concurrencia de una oferta y una aceptación. Conforme se ha expresado anteriormente, en la contratación electrónica, tanto la oferta como la aceptación pueden expresarse por medios electrónicos, así lo expresa el Art. 141 del código Civil que al referirse a los medios para expresar la voluntad, permite que esta pueda ser expresada por medios electrónicos.

El problema, en el caso de una compra a través de una aplicación móvil, estriba en la plasmación del consentimiento del usuario en la compra, pues el acto del consentimiento se materializa en la simple acción de presionar el botón “Comprar ahora”, lo que puede resultar en acciones involuntarias y en compromisos de compra no deseados.

3.7.6 Sobre la resolución del contrato:

Un contrato de compraventa realizado mediante aplicaciones móviles expone al comprador a los riesgos que antes se han detallado, como la imposibilidad de conocer el producto o servicio en sí.

Por este motivo, el comprador se encuentra en una posición de desventaja respecto al vendedor, situación que resulta muchas veces en contratos abusivos.

Con el objetivo de darle mayor protección al comprador, varias legislaciones conceden al comprador el derecho de resolución contractual.

Este derecho puede definirse como la posibilidad que tiene el comprador de resolver el contrato sin ser sujeto de penalización y sin indicación de los motivos en un plazo determinado, el único gasto que puede imputarse al comprador, es el costo directo de la devolución del producto al vendedor.

En nuestra legislación no se hace ninguna referencia en este aspecto, por tanto en sentido estricto, el consumidor peruano que compra vía aplicaciones móviles no contaría con la facultad de resolver el contrato, hecho que constituye a obstaculizar el desarrollo de esta modalidad de contratación electrónica en el Perú. Sin embargo, son cada vez más las empresas que se preocupan por brindar un producto o servicio de calidad a sus clientes y que privilegian su reputación, no teniendo reparo en acceder a resolver el contrato y devolver el dinero a sus clientes.

3.7.7 Ejecución del pedido:

El objetivo del contrato de compraventa mediante aplicaciones móviles, es la adquisición de un producto. Sin embargo respecto a este punto en específico, la Ley de Protección al consumidor presenta algunos vacíos que no se adaptan por completo a esta modalidad contractual, los que se mencionan a continuación:

Tiempo de entrega:

El vendedor o proveedor no está obligado a ejecutar el pedido en un plazo determinado, exponiendo al comprador a recibir el producto en un plazo muy largo y que como consecuencia de tal demora, el producto ya no le sea útil.

Pago en Exceso:

La Ley de protección al consumidor brinda al comprador la oportunidad de recuperar los pagos hechos en exceso del precio establecido y el vendedor o proveedor está obligado a restituir el pago en exceso. En caso contrario, el comprador puede accionar judicialmente. Esta acción prescribe al año contado a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago.

Productos defectuosos

En este aspecto, la Ley de protección al consumidor además establece garantías específicas sobre los productos defectuosos, otorgándole responsabilidades al proveedor por los daños causados a la integridad física de los consumidores o de sus bienes por los defectos de sus productos.

3.8. El pago en los contratos de Compraventa mediante aplicaciones móviles

Uno de los elementos fundamentales en la contratación electrónica en general y en aquella que se sirve de aplicaciones móviles en particular, es el pago correspondiente a los bienes o servicios adquiridos.

En sentido estricto, el pago es una contraprestación a cargo del comprador a favor del vendedor a cambio de un bien o servicio. Sin embargo, esta obligación no se materializa en todos los casos en dinero, pues el pago puede efectuarse también en especie, a través de la entrega de algún otro bien o bien mediante la realización de alguna actividad en favor de la otra parte. Conforme al Código Civil, se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la contraprestación.

No obstante, esta concepción sustantiva del pago no resulta aplicable a la modalidad contractual a través de aplicaciones móviles que se viene desarrollando, pues tratándose de contratos de adhesión, es difícil pensar en un pago en bienes distintos al dinero, así como efectuar el pago contra entrega del bien, en el caso de prestaciones diferidas, menos aun tratándose de compraventas a nivel masivo.

Respecto a este tema, como en cualquier modalidad contractual no presencial, existe un riesgo precisamente por el factor de la distancia física entre las partes.

En tal sentido, es necesario que el pago que se realiza en la transacción electrónica cumpla con ciertos requisitos: Acreditación garantía y seguridad.

3.8.1 Concepto de pago electrónico:

Como se ha apuntado en títulos anteriores, la contratación electrónica a través de aplicaciones móviles constituye un nuevo canal de distribución sencillo, económico y con alcance mundial las 24 horas del día, todos los días del año, y sin los gastos y limitaciones de una tienda clásica: personal, local, horario, infraestructura, etc.

Por esta razón, para contratar mediante aplicaciones móviles los medios de pago tradicionales deben descartarse pues resultan ineficientes. Por ejemplo, el dinero en efectivo no resulta útil para cancelar el precio, pues la inseguridad de que finalmente llegue al vendedor representaría un costo adicional como factor aleatorio, y entonces esta modalidad contractual sería más onerosa y menos efectiva que una compraventa tradicional con presencia de las partes.

En ese sentido, requiere de un sistema de pagos acorde a este nuevo mercado, que revista la misma accesibilidad, inmediatez y simplicidad en el uso: El pago electrónico.

Se puede definir al Pago Electrónico como aquel mecanismo mediante el cual se realiza la transferencia del dinero entre comprador y vendedor en una acción de compra-venta electrónica a través de una entidad financiera autorizada por ambos.

3.8.2 Clases de medios de pago electrónico para contratación mediante aplicaciones móviles:

A continuación se desarrollarán los medios de pago utilizados con mayor frecuencia, ya sea nacional como internacionalmente:

3.8.2.1 Tarjeta de crédito: Son el medio más popular y tradicionalmente usado en el comercio y contratación electrónica, especialmente cuando se utilizan aplicaciones móviles, pues su uso es muy práctico y ventajoso para ambas partes.

La Tarjeta de Crédito es un instrumento de crédito que permite diferir el cumplimiento de las obligaciones dinerarias asumidas con su sola presentación, sin la necesidad de previamente provisionar fondos a la entidad que asume la deuda, que generalmente son Bancos u otra empresa del Sistema Financiero. (Todo Ecommerce, 2017)

En el Perú, la Tarjeta de Crédito se encuentra reglamentada mediante Resolución SBS N° 271-2000 - Reglamento de Tarjetas de Crédito - el que la define como un contrato mediante el cual una empresa concede una línea de crédito al titular por un lapso determinado y expide por tanto una tarjeta de crédito que puede ser abierta o hasta un tope predeterminado, con la finalidad que el usuario de la tarjeta adquiera bienes o servicios en los establecimientos afiliados, entre ellos los que ofertan productos a través de aplicaciones móviles.

Para que la tarjeta de crédito tenga validez, esta debe contener la denominación de la empresa que emite la tarjeta, así como el sistema de tarjeta de crédito al que pertenece; numeración codificada de la tarjeta; nombre del usuario de la tarjeta y su firma; fecha de vencimiento y la indicación expresa del ámbito geográfico de validez. En caso de faltar este requisito, se entiende sin admitir prueba en contra que su validez es internacional. (Rodríguez, J., 2017)

El pago de transacciones electrónicas mediante aplicaciones móviles a través de este medio es por mucho el más utilizado, básicamente a su fácil uso y por la seguridad que brinda a ambas partes: Al vendedor, pues tendrá la certeza de que el pago lo garantiza alguna entidad financiera y al comprador, pues puede contar con que la entidad financiera destinará el dinero a cumplir con el pago del precio y que el dinero no se “perderá en el camino”.

Por estos motivos, en el mercado existe la confianza generalizada que las operaciones que se realizan utilizando Tarjetas de Crédito, son seguras y están garantizadas.

3.8.2.2 Tarjeta de Débito: Son tarjetas plásticas, magnetizadas y numeradas, que sirven para realizar compras de bienes y/o servicios a través de Internet, en las tiendas virtuales en las que se permita el uso de estas tarjetas. Estas tarjetas se encuentran asociadas a una cuenta de ahorros, que no genera intereses a favor del cliente ni gastos de mantenimiento (Todo Ecommerce, 2017), es decir a diferencia de la Tarjeta de Crédito, la entidad emisora no abre una línea de crédito, sino lo que va a responder por las obligaciones asumidas son los ahorros que se posean en una cuenta.

Para comprar a través de aplicaciones móviles usando la Tarjeta de Débito, es imprescindible que la cuenta de ahorros cuente fondos suficientes para adquirir el producto y cubrir los gastos que esto produce, como por ejemplo el envío; todo esto previo al proceso de compra, pues de otra manera el pago será rechazado.

En ambos casos, sea que se utilice tarjeta de crédito o débito, el proceso de pago es como sigue:

1. Con anterioridad a la realización del pedido, el comprador ha registrado los datos de su tarjeta de crédito o débito para que sea proporcionado al vendedor a través de cuenta que mantiene en la aplicación.
2. El centro servidor donde reside el vendedor envía la transacción al banco o directamente a la red de medios de pago.
3. El banco receptor pide autorización al banco emisor a través de la red de medios de pago.
4. Si la transacción se autoriza, la transferencia de dinero desde la cuenta del comprador en el banco emisor hasta la cuenta del vendedor en el banco receptor se realiza a través de la red tradicional de medios de pago.

Además de las tarjetas de crédito y débito en algunas aplicaciones pueden usarse medio de pago específicos como los siguientes:

3.8.2.3 Forma de pago vinculada: Se trata de una suerte de billetera virtual que se utiliza para realizar los pagos a través de aplicaciones móviles sin necesidad de registrar los datos bancarios en cada plataforma. Debe ir vinculada a una tarjeta de crédito o débito, cuya información es guardada de forma segura. Las empresas que ofrecen este servicio son: Paypal, Alipay, ChinaUnionPay.

3.8.2.4 Tarjetas de Regalo y Códigos de contenido: Este tipo de pago es considerado como dinero a la vista siendo válido para compras únicamente en la aplicación de la tienda que los emite. Cada tarjeta o Código de contenido tiene un valor preestablecido, y posee una clave que lo identifica.

Al momento de efectuar el pago, se digita el número secreto de la tarjeta o código, y el precio se cancela respecto a nosotros, automáticamente. Luego la compañía que emite estas tarjetas paga el valor de lo acordado a la tienda virtual, utilizando políticas propias de la empresa.

En el Perú los medios de pagos más utilizados para las compras a través de aplicaciones móviles son la tarjeta de crédito y en menor medida la tarjeta de débito. Los demás medios de pago desarrollados sólo han sido mencionados como referente a que sistemas se están utilizando a nivel internacional.

CAPITULO IV

SOBRE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS)

4.1 Lugar de celebración del contrato de compraventa mediante aplicaciones móviles

Los contratos electrónicos y en especial aquellos que son celebrados mediante aplicaciones móviles han surgido para revolucionar el comercio tradicional.

Tradicionalmente, debido a la idiosincrasia “de palabra” tan arraigada en los consumidores, los negocios se celebraban a nivel local o a lo sumo nacional, pues era de imperiosa necesidad para las partes el hecho de reunirse físicamente para redondear el trato y especialmente para conocer a la otra parte con quien se está celebrando el contrato. La confianza en la otra parte prevalece incluso sobre un negocio en condiciones más ventajosas.

Con la globalización mundial y la llegada del comercio electrónico o *e-commerce* se ha abierto un abanico de oportunidades comerciales que trascienden fronteras: a

través de una aplicación móvil se contactan en tiempo real clientes y proveedores de diferentes partes del mundo. En términos económicos, resulta en una coyuntura inmejorable, pues los mercados se expanden, los bienes son asignados a su mejor uso y los precios se reducen sustancialmente debido a la eliminación o reducción de intermediarios. Sin embargo, en términos contractuales, el panorama resulta un poco más complejo pues tratándose de contratantes de distintas ubicaciones geográficas, inevitablemente surge la dificultad para determinar el lugar de celebración del contrato.

Sin lugar a dudas, el lugar de celebración del contrato es determinante para establecer la competencia; la ley aplicable; el carácter nacional o internacional del contrato, para interpretarlo conforme los usos y costumbres y para aplicar una jurisdicción u otra en el mismo.

Al mencionar la “ley aplicable” el término puede referir tanto al derecho aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia; como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido. (Scotti, L., 2017)

En tal sentido, la determinación de la ley aplicable a un contrato internacional, y especialmente a aquellos celebrados a través de aplicaciones móviles, reviste especial importancia porque puede implicar consecuencias muy diversas. Por esta razón, a menos que existan reglas uniformes, es posible la solución sea distinta en razón a la ley que se aplique: por ejemplo, mientras que para una ley, la mención de un precio en

una aplicación móvil con la opción de compra del producto puede implicar una oferta, bajo la ley de otro país, esa expresión sólo equivaldría a una mera invitación a ofertar, sin la implicancia de una oferta real.

Asimismo, es importante distinguir entre la ley aplicable al acceso y al ejercicio de la actividad o servicio de la información y la ley aplicable a los contratos electrónicos, en este caso aquellos celebrados mediante aplicaciones móviles. Ciertamente existe esta distinción en la Directiva 31/2000 de la Unión Europea que designa como ley aplicable a la actividad del prestatario del servicio de la información la ley del país de origen, es decir donde aquél tiene su establecimiento. Sin embargo, la misma norma dispone que las partes tienen plena libertad para elegir el derecho aplicable a los contratos, la cual, ciertamente, no será determinada por el principio de la ley de origen. En efecto, la determinación de la ley del contrato se lleva a cabo por los tribunales estatales conforme a las normas de Derecho Internacional Privado, lo que provoca que las respuestas concretas puedan variar en función del Estado ante cuyos tribunales se litiga. (Scotti, L., 2017) Este antagonismo de soluciones es motivo de incertidumbre para quienes contratan usando aplicaciones móviles.

En el caso de contratos entre empresas son las cláusulas del mismo las que determinan el lugar de celebración y la jurisdicción aplicable. Para las transacciones con consumidores debe imperar el domicilio del cliente como lugar de celebración, declaración que debe tomarse en cuenta al momento de manifestar el consentimiento. Sin embargo, en un escenario ideal, los contratos que se celebran a través de

aplicaciones móviles deberían incluir ciertas cláusulas que establecerán las obligaciones, responsabilidades y derechos de las partes, incluyendo el lugar de celebración del mismo y la jurisdicción que le resulte aplicable.

Tratándose de contratos de ejecución indirecta, que requieren de la entrega física de un producto existe un lugar de celebración y cumplimiento fijado. Sin embargo, en el caso de los contratos de ejecución directa, en los que el negocio implica la entrega inmaterial del producto, como puede ser una licencia o una descarga, las relaciones entre las partes tienden a ser autónomas y el lugar sea convierte en virtual.

Definitivamente las características particulares de la contratación electrónica a través de aplicaciones móviles, hacen que la localización de la relación jurídica en un ordenamiento tradicional con base en los criterios legales típicamente empleados por las reglas de conflicto en la materia, como el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las obligaciones, el domicilio de algunas de las partes resulte inapropiada y desfasada.

La falta de adecuación de esos criterios a un entorno que dificulta su concreción y en el que las fronteras geopolíticas se difuminan, favorece el empleo de criterios de conexión flexibles, basados en el principio de proximidad (geográfica) entre el contrato y un determinado ordenamiento, pero que atribuyen un margen de apreciación al aplicador para tomar en consideración las circunstancias del caso, lo que, por otra parte, va unido a un riesgo de inseguridad jurídica en la medida en que no existan

pautas consolidadas para su interpretación en el marco de la contratación electrónica.
(Scotti, L., 2017)

Finalmente, el lugar jurídico puede ser un nombre de dominio, que no coincida con el lugar real donde efectivamente este el sujeto. La noción de lugar es un concepto normativo.

Como regla general, el lugar es el que fijen las partes (derecho dispositivo); no obstante, se acepta el domicilio del consumidor como lugar de celebración; a manera de protección a la parte más débil que suele aceptar contratos de adhesión en los que no tiene participación en la negociación. En su defecto, el lugar del contrato se juzgara en donde lo diga el legislador, conforme a los preceptos del Derecho Internacional Privado.

4.2. Jurisdicción competente y legislación aplicable en el Perú

Como se ha tratado en el título precedente, los contratos de compraventa que se realizan a través de aplicaciones móviles, con frecuencia son de naturaleza internacional. Así, cuando un consumidor o usuario peruano adquiere un bien de un proveedor también peruano, se aplican las leyes peruanas; empero, el panorama se complica cuando las relaciones de consumo se dan entre proveedores y consumidores de diferentes países, pues surge la interrogante sobre cuál legislación aplicar si la compraventa mediante aplicaciones móviles se realiza entre un vendedor extranjero y un comprador peruano.

Actualmente no existe a nivel internacional una convención general relativa a las transacciones electrónicas ni específica respecto a aquellas que se celebran mediante aplicaciones móviles, que proponga un dispositivo sobre la ley aplicable a las mismas.

Partiendo de la base de los principios mencionados en el título precedente, respecto a la jurisdicción y legislación aplicables en los contratos electrónicos internacionales y de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, en primer término, las partes intervinientes en un contrato tienen la libertad de elegir la ley a la cual se someterán. Este principio es reconocido en la mayoría de los países, así como en la convención de Roma del 19 de junio de 1980, sobre las leyes aplicables a las obligaciones contractuales.

En este punto, es importante establecer una distinción entre las partes que intervienen en la relación contractual. En una relación de comercio electrónico mediante aplicaciones móviles, pueden participar distintos sujetos. Por la intervención de cada uno de ellos podemos estructurar diferentes categorías de contratos, según participe un consumidor (C), un empresario (B), la administración pública (A) y los trabajadores (E). En ese sentido, tendríamos la siguiente tipología contractual: (Barceló, J., 2002)

4.2.1 A2C: Administración- consumidor (*Administration to consumer*). Se produce en referencia a las negociaciones y a las relaciones que pueden suscitarse entre los particulares y las Administraciones. (Vega, J., 2005)

4.2.2 B2A: Empresa- Administración (*Business to Administrations*). Es una modalidad de comercio electrónico que incluye todas las transacciones y relaciones económicas entre compañías privadas y entidades públicas, es decir entre Empresas y Administración.

Para efectos de la presente investigación, resulta relevante el análisis de las formas contractuales que implican la intervención de empresas y consumidores:

4.2.3 B2B: Empresa- Empresa (*Business to Business*). Se trata de una modalidad de comercio electrónico que se realiza de forma exclusiva entre empresas pertenecientes al sector privado. Es lo que podríamos denominar comercio al por mayor y que supone que en la mayoría de los casos el empleo de contratos mercantiles. El uso de aplicaciones móviles representa un notable impulso al comercio entre empresas y origina cambios importantes en la cadena de suministro tradicional, otorgando gran importancia a la satisfacción plena del cliente. (Gonzáles, L. y Laguna, P., 2002)

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes contratantes deben señalar en el contrato qué ley regirá su transacción. Por lo tanto, será elemental que el contrato incluya una cláusula que señale que la legislación aplicable al mismo será la peruana. En caso de que las partes no especifiquen cual ley regirá su contrato, entonces la jurisdicción responsable, sea del ámbito judicial o arbitral, tendrá que determinar las leyes aplicables.

En términos globales, cada país tiene sus propias reglas para la elección de las leyes aplicables. En el caso peruano, el artículo 2095 del Código Civil, precisa que en el supuesto en que las obligaciones contractuales se cumplan en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal.

Enfocando esta disposición legal a los contratos de compraventa a través de aplicaciones móviles, se considera que la obligación principal, será siempre la entrega del bien por parte del vendedor, en consecuencia la ley aplicable será la del país de su domicilio al momento de la conclusión del contrato.

4.2.4 B2C: Empresa- Consumidor final (*Business to Consumer*). En esta clase de contratos, la negociación tiene lugar entre la empresa y el consumidor final quien en gran parte de casos, se somete a las cláusulas pre- establecidas por la empresa, en forma de contratos de adhesión. En ese contexto, en la mayoría de transacciones, la ley aplicable resultará de la decisión unilateral de la empresa, precisando sobre la aplicación móvil utilizada y las relaciones con el sitio estarán reguladas por la ley específicamente enunciada.

Esta medida resulta únicamente beneficiosa para el vendedor, pues al imponer sus condiciones en contratos que no admiten negociación, siempre será favorecido en perjuicio del comprador, quien por el contrario queda en una posición de inferioridad y desprotección respecto a su contraparte.

Por tales motivos, es fundamental hallar una solución a fin que el comprador no se vea afectado.

Según la convención de Roma, para proteger los derechos de los consumidores, el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona se beneficia de disposiciones adecuadas de acuerdo con el principio de la protección de la parte débil. Estos contratos se regirán por la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual, salvo si las partes deciden lo contrario. En cualquier caso, la ley elegida no podrá perjudicar al consumidor y privarlo de la protección que le garantice la ley de su país de residencia si le es más favorable. (Convenio de Roma, 1980)

Por lo tanto, a pesar de la prueba de una ley especial predeterminada unilateralmente por el vendedor, este no podrá hacer caso omiso de las leyes de política pública del país del consumidor, que tienen por objeto proteger al consumidor. A falta de cláusula de elección, el contrato se rige por la ley de la residencia habitual del consumidor.

Se concluye que en principio, la ley peruana es aplicable a los contratos celebrados entre nacionales y a las obligaciones contractuales que se ejecuten en el país. Respecto a los contratos entre nacionales y extranjeros o entre extranjeros que se ejecuten en el país, las partes tienen la posibilidad de elegir la jurisdicción a la que se someten, la que deberá estar en función de los intereses que ambos quieran satisfacer con su contrato. La ley del Perú decide a que jurisdicción derivar el conflicto únicamente en ausencia de esa elección.

4.3 Jurisdicción competente y legislación aplicable a nivel internacional:

A mediados de la década de los noventa, el uso de Internet creció rápidamente en el hemisferio occidental desde la mitad de la década de 1990, y desde el final de la década en el resto del mundo. (Wilson, D., 2006) Ya en ese momento, varios juristas norteamericanos manifestaron su preocupación en cuanto al tema de la jurisdicción y ley aplicable a los contratos realizados vía redes informáticas.

En los 20 años siguientes, desde 1995, el uso de Internet se ha multiplicado por 100, cubriendo en 2015 a la tercera parte de la población mundial: Hoy en día el acceso a Internet es posible para más de 3 mil millones de personas (Miniwatts Marketing Group, 2016) con la posibilidad de celebrar un número ilimitado de contratos electrónicos, incluyendo aquellos que se celebran mediante aplicaciones móviles, y es en este punto que el mundo percibe la necesidad de encontrar una solución concreta al problema.

Como se ha explicado, el establecer la jurisdicción de los contratos electrónicos celebrados mediante aplicaciones móviles resulta más complicado que en el caso de los contratos tradicionales, pues en el caso peruano se deben tener en cuenta una serie de factores para la elección en cada caso.

La dificultad se agranda al referirnos a contratos internacionales. Resulta prácticamente imposible definir inequívocamente cuales son las reglas que se deben aplicar respecto a la jurisdicción y ley aplicable tratándose de contratos electrónicos

internacionales a través de aplicaciones móviles. Con todo, tomando como referencia la posición de distintos operadores jurídicos de tradiciones legales variadas, se intentará aclarar un poco el panorama para los fines de la presente investigación.

Como sucede siempre que un tema polémico salta a la palestra, existen posiciones variadas y contrapuestas al respecto, por lo que se rescataran los criterios más importantes emitidos por juristas especializados en la materia, para así poder forjarse una posición dentro de este complejo tema.

Existen al menos tres distintas perspectivas en torno al tema de la jurisdicción y ley aplicable a los contratos vía Internet en general incluyendo aquellos que se celebran a través de aplicaciones móviles, las cuales nos presentan posibilidades disímiles entre sí para analizar esta materia.

4.3.1. Tesis de la no intromisión:

Esta postura fue postulada por David R. Johnson y David G. Post hace ya varios años. Ellos sostienen que el Ciberespacio que surge de Internet y cualquier otro sistema de comunicación entre computadoras, ya sea público o privado, presenta una ausencia de límites territoriales, razón por la cual los Estados no pueden pretender un control sobre los actos que se realicen dentro de ese ámbito. Este Ciberespacio no posee límites geográficos ni territoriales, pues el costo y la velocidad de la transmisión de mensajes en la Red, es independiente de la localización física (Johnson, D y Post, D., 1996)

En ese sentido, esta teoría postula que el espacio al que se accede haciendo uso de Internet , sea a través de ordenadores o de dispositivos móviles inteligentes, debe considerarse como un punto virtual, sin fronteras geográficas, que debe ser regulado por los distintos gobiernos de la mejor forma posible, ya que por su naturaleza intrínseca no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado tiene la potestad de arrogarse facultades de dominio ni control sobre las operaciones y contratos que se realizan a través del mismo.

Esta postura liberal, que tiene como eje central la no-intromisión de los Estados en el ámbito del Espacio virtual informático, tiene tantos detractores como adeptos: en el primer grupo están quienes anteponen la legitimidad del *Ius Imperium* del Estado a la existencia del ciberespacio, mientras que en el segundo grupo se encuentran quienes opinan que los Estados no pueden controlar actividades que se realizan fuera de un marco territorial, otorgándole al derecho la función de un mecanismo de aplicación por parte de los particulares y no de entidades centralizadas.

4.3.2. Tesis de la intervención estatal:

En contraposición a la tesis de no intromisión, surge la posición radical, de que el Ciberespacio es simplemente un nuevo medio de comunicación, y como tal, debe y puede ser regulado por los Estados y las diferentes jurisdicciones mundiales.

En Estados Unidos, el fiscal de Minnesota, es quizás, la figura que mayor aplicación ha dado a esta teoría, llegando a tales extremos que las críticas a su actuación han

sido constantes por parte de abogados, fiscales y jueces de todo el resto de ese país. El fiscal de dicho Estado, ha tomado una posición en la cual aquellos individuos que realizan operaciones comerciales a través de Internet, ya sea mediante correos electrónicos, páginas web o por extensión, aplicaciones móviles, están sujetos a la jurisdicción de Minnesota si esa información puede ser observada por los residentes de ese Estado. El fiscal de Minnesota, ha argumentado que las actividades en Internet, son objeto de ser controladas por cualquier Estado, pues los contactos con toda la nación que se permiten en la red, son suficientes para poseer jurisdicción sobre dichos actos.

Esta posición de intervención ha sido seguida por los fiscales de Illinois y Texas, y ha sido aplicada en varios casos, lo cual apunta a una fuerte tendencia a darle al ciberespacio el tratamiento legal de un medio más de comunicación, el cual puede ser regulado y controlado por los países, y a nivel interno, por las diversas jurisdicciones que en una nación se encuentren. (Portal del Estado de Minnesota, 2006)

En tal contexto, el panorama para la contratación electrónica y específicamente aquella que se realiza a través de aplicaciones móviles, resultaría muy parecida a la contratación tradicional. Al no considerar al ciberespacio como un nuevo ámbito, sino como un medio, los contratos se rigen como medio analógicamente comparables, como las compras telefónicas y /o por catálogo.

4.3.3. Las teorías intermedias:

En un punto medio de las teorías extremistas mencionadas líneas arriba, surge una posición neutra, que se nutre de las manifestaciones de varios autores que simplemente, no han ido a los extremos, y definen características importantes para la regulación de Internet, las cuales se muestran dependiendo de cada acto en específico.

Una de las posiciones más interesantes, es la que asumen dos autores estadounidenses Wilske y Schiller, en la cual se refieren al problema de la jurisdicción en las operaciones realizadas vía Internet. Estos autores, retoman el tema de los tipos de jurisdicción y lo aplican a las operaciones en el ciberespacio, considerando de acuerdo al caso, una jurisdicción legislativa, judicial y ejecutoria. (The John Marshall Law School, 2015)

4.5 El derecho internacional privado:

En junio de 1997, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocó una Comisión Especial para estudiar la jurisdicción internacional y los efectos de las decisiones de los tribunales extranjeros sobre cuestiones civiles y comerciales. (Borrás, A. y González Campos, J., 2008) En el marco de una serie de reuniones, la Comisión Especial ha elaborado un Convenio sobre competencia judicial y resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, cuyos objetivos son : en primer lugar, armonizar las normas jurídicas y limitar los lugares donde puede entablarse acciones judiciales a un número reducido, acotado de tribunales evitando así una multiplicidad innecesaria de procedimientos así como posibles decisiones judiciales contradictorias;

y, en segundo lugar, simplificar, agilizar el reconocimiento y el cumplimiento de las decisiones judiciales. (Feldstein de Cardenas, S., Medina F., Rodriguez, M. y Scotti, L., 2008)

En tal contexto, hay reglas generales del Derecho Internacional Privado que podrían ser aplicables. Sin embargo, estas normas no aportan soluciones específicas a los problemas de competencia para regular o juzgar un caso determinado: este debe ser examinado en sus aspectos particulares para establecer la ley aplicable y la jurisdicción competente para juzgar.

A priori, se debe tomar en cuenta la ley del lugar donde se cumplen las obligaciones o la obligación principal que surgen de los contratos. Es decir tanto la ley como la jurisdicción competentes, son determinadas con posterioridad a la formación del contrato. En el caso específico de los contratos celebrados por internet a través de aplicaciones móviles, no se tiene normativa expresa, por tanto si el servicio o producto se prestó o se entregó efectivamente en territorio nacional, debe aplicarse la ley del Perú.

En este punto, existe indefinición respecto de donde se presta un servicio a través de la red, sea cual fuere el dispositivo que se utilice para su realización, por tal razón es menester contar con una presunción legal que aclare este supuesto.

Tratándose de transacciones de compraventa, se deben precisar las reglas aplicables a la entrega del bien o producto comprado. Como se ha tratado en títulos anteriores, si las partes domicilian dentro del Perú, rige el código civil en cuanto a la forma de entrega, lugar, domicilio de pago y demás aspectos de la transacción. El problema surge cuando el proveedor o vendedor con quien se contrata es de otro país. Conforme al derecho internacional privado, un contrato es internacional cuando está destinado a cumplirse en una jurisdicción distinta a la de su celebración; o si su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos en razón de que los domicilios de las partes están en países diferentes. En éste último caso será de aplicación la convención de la haya de 1986 según la cual, el vendedor es quien asume a su cargo el cumplimiento de la obligación, de la entrega de la cosa y de la transferencia de la propiedad; pero si no se precisó un lugar determinado de entrega, el vendedor se libera poniendo a disposición del comprador la mercadería. (Borrás,A. y González Campos, J., 2008)

Finalmente, las normas vigentes de Derecho Internacional Privado reconocen que las partes contratantes son las más idóneas para encontrar la manera de hacer sus contratos más efectivos. Precisamente, son las partes quienes en el ejercicio de su libertad de contratación, pueden elegir la ley a la cual someterse, empleando cláusulas de jurisdicción dentro del contrato.

En resumen, las normas vigentes requieren modificaciones para ampliar conceptos que puedan regular los negocios electrónicos. Existe una necesidad apremiante de actualizar nuestras leyes para que se adapten a los avances tecnológicos de la coyuntura actual.

4.6. Aspectos tributarios en torno a la contratación electrónica:

Otro aspecto que debe considerarse en el análisis de las aristas legales de la contratación a través de aplicaciones móviles es el tema tributario, en los casos referidos a las compraventas internacionales.

En principio, no puede considerarse viable un escenario en que los contratos que se celebran por medio de aplicaciones móviles estén exonerados de impuestos, pues como se ha desarrollado anteriormente, es un mercado creciente y con gran potencial de crecimiento, así que los Estados no querrán dejarlo fuera de sus ingresos de recaudación tributaria.

Al igual que sucede para la determinación de la jurisdicción, se debe tener presente que la eliminación de las fronteras físicas y económicas en Internet tiene trascendencia en la independencia del ejercicio de la jurisdicción tributaria; lo cual por si mismo tiene una enorme implicancia en la formación de la estructura de la base imponible del sistema fiscal de cada país.

Revisando la situación internacional, surgen dos políticas de Estado que resultan contrapuestas y que precisamente por eso llaman la atención en este aspecto particular. Se trata del “*Permanent Internet Tax Freedom Act*” y del “*Bit tax*” las que se desarrollan brevemente a continuación:

4.6.1 Permanent Internet Tax Freedom Act

La Ley de Libertad de Impuestos de Internet o *Internet Tax Freedom Act*, de los Estados Unidos, fue presentada en marzo de 1997 y promulgada el 1 de octubre de 1998 , en una época en la que Internet estaba experimentando un tremendo crecimiento, y el Estado creía que para fomentar ese crecimiento era necesario detener los impuestos: Si los clientes potenciales que recurren a internet como mercado alternativo para realizar sus compras ven a los impuestos como una carga financiera, probablemente se alejarían del mundo digital y volverían al mercado tradicional.

Esta ley se sustenta en el principio de que la información debe estar disponible tan libre y ampliamente como sea posible para todo el mundo y no debería estar sujeta a impuestos, por lo tanto la Ley establecía un periodo de prórroga de un año en el que se prohibían los impuestos sobre internet en general.

Para supervisar la efectividad de esta Ley, el Congreso estableció un comité especial, la Comisión Asesora de Comercio Electrónico, para estudiar la cuestión fiscal e informar si la ley valía la pena continuar.

Además, se estableció una prórroga separada sobre "impuestos múltiples y discriminatorios sobre el comercio electrónico". Esto significaba que varios gobiernos estatales y locales no podían gravar a un consumidor específicamente para comprar algo a través de Internet. Por ejemplo, si el comprador adquirió un libro en línea en una librería en el estado de Washington mientras estaba físicamente en el estado de Georgia, la ley prohíbe que ambos estados le graven.

Sin embargo, la prórroga para compras en línea no se aplica al impuesto regular sobre las ventas. Una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1992 sostuvo que las compañías que no tenían presencia física en un estado en particular - una tienda en el centro comercial local o un centro de distribución regional por ejemplo - no estaban obligadas a cobrar impuestos sobre las ventas por artículos que enviaban a ese estado. Pero si el consumidor compra algo en línea y el vendedor no le cobra el impuesto sobre las ventas, se supone debe pagarlo directamente a las autoridades competentes. Sin duda el problema más recurrente es que muchos consumidores no lo saben o evitan enviar sus impuestos.

El Congreso ha renovado continuamente la Ley desde 1998: En 2001, 2004 y 2007, 2014 y 2015 la ley fue ampliada, con sólo pequeños ajustes aplicados. La mayoría de los cambios simplemente tratan las definiciones y destacan el panorama cambiante de Internet, para incluir también aquellas operaciones que se realizan a través de aplicaciones móviles. (United States of America's Congress, 1998)

Finalmente la Ley de Libertad de Impuestos de Internet o *Internet Tax Freedom Act* se convirtió en ley permanente "*Permanent Internet Tax Freedom Act*" cuando el Presidente Obama firmó la Ley de Facilitación del Comercio y Aplicación Comercial el 24 de febrero de 2016.

4.6.2 Bit tax

En contraste de los postulados del gobierno estadounidense, los gobiernos de Holanda, Suecia, Canadá y Gran Bretaña, entre otros, propiciaron el diseño de un acuerdo internacional que permitiría a los gobiernos trabajar juntos en la tarea de recaudación. Ante tanta polémica y confusión por parte de las autoridades administrativas, y con el fin de evitar el fraude fiscal en la contratación electrónica, se propuso la introducción de una nueva figura tributaria que lo grave, denominada "*Bit tax*", es decir un impuesto sobre el impulso electrónico informático.

La propuesta consistió en la creación de un cargo transmitido electrónicamente llamado "*Bit tax*" que repercutiría en forma individual en cada usuario de Internet y recaudado por proveedores de servicios de línea. Es decir, el sujeto pasivo sería el usuario de Internet en el que los Servidores de la red asumirían el rol de retenedores y la base imponible de dicho tributo estaría constituida por el número de "bits" transmitidos: se gravarían las operaciones ejecutadas a través del sistema de redes informáticas, por cada impulso electrónico o informático que se necesita para transmitir la orden, el servido o la información que se desea, considerándose al número de bytes

como una unidad representativa para proporcionar una indicación de la intensidad de la transmisión tales como el tiempo o la distancia.

La idea era planteada en términos en que el "*bit tax*" reemplazaría el impuesto al valor agregado (IVA) sistemas basados en todos los servicios de información y comunicación, con un sistema de impuestos de transmisión en base, es decir, un sistema por el cual el impuesto se aplica como parte de la "intensidad" de la transmisión de información o de comunicación.

Sin embargo esta figura no resolvería los problemas y crearía otros relacionados con la gestión y recaudación del tributo. Y lo que es peor: el tributo sería por demás injusto ya que gravaría todo tipo de operaciones no solo las de naturaleza comercial, no tiene en cuenta el valor de las transacciones sino las unidades binarias del impulso informático y solo operarían cuando intervinieran ordenadores.

El "*bit tax*", se engloba en el paquete de las relaciones críticas que se están dando entre globalización y Hacienda Pública. Si se sujeta el impulso informático y no se somete a tributación el producto o el servicio transmitido, realmente se está gravando objetos imponibles absurdos, pues no se grava el valor, sino el medio para hacerlo. Se puede concluir afirmando que el "*bit tax*", no resulta ni jurídica ni, tecnológicamente correcto, y que por el contrario constituye una traba a la innovación.

4.6.3 El caso Peruano

El comercio electrónico en general y el que se realiza a través de aplicaciones móviles en particular, representa un reto para la fiscalidad. Precisamente debido al empleo de nuevas tecnologías, las transacciones imponibles se aíslan del ámbito de aplicación territorial común de impuestos basados en la territorialidad, los que precisamente se encuentran en sus etapas iniciales de adaptación hacia la era digital. (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003)

En el marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos , desde el año 2012 se ha implementado un Régimen Aduanero Especial, reglamentado mediante Decreto Supremo 011-2009-EF , que permite el ingreso y salida del país de envíos de entrega rápida, para incentivar las compras de bienes de montos menores desde cualquier país extranjero. En ese sentido, actualmente las personas y empresas pueden importar bienes por un valor máximo de US\$ 200.00 (Doscientos dólares americanos) por envío, sin pagar los derechos arancelarios correspondientes y sin considerar el peso de la mercancía. No hay un límite de envíos por consumidor.

En el caso de libros, el valor puede ser de hasta US\$ 2000.00 dólares americanos. Adicionalmente, existe un género de cosas que incluso por debajo de esos límites necesitan de un permiso especial como son los productos médicos y

cosméticos, que necesitan de una autorización especial del Ministerio de Salud y cualquier producto que se conecte al espectro radioeléctrico como un teléfono celular o una Tablet, que igualmente requiere de un trámite especial en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (Morachimo, M, 2015)

Sin embargo, si se trata de productos que excedan el valor de US\$ 200.00 dólares americanos, el panorama es muy diferente. La mercadería está gravada con los siguientes tributos:

- Ad valorem – 0%, 6% y 11%, según subpartida nacional.
- Derechos antidumping o compensatorios, según producto y país de origen.
- Impuesto general a las ventas (IGV) - 16%.
- Impuesto de Promoción Municipal (IPM) - 2%.
- Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) - tasas variables, según subpartida nacional.
- Otros: derechos específicos, derechos correctivos provisionales, etc. (SUNAT, 2017)

Sin perjuicio de esta iniciativa, la posición de los especialistas en tributación señala que el Estado debería iniciar acciones tendientes a afrontar la revolución digital y el comercio electrónico en el terreno tributario, controlando que las operaciones realizadas en línea en la jurisdicción nacional efectivamente tributen de la misma manera en que lo

hacen similares operaciones desarrolladas en el ámbito del comercio nacional. (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003)

Finalmente, las autoridades competentes deben prever que la contratación electrónica no socave la capacidad del Gobierno para recaudar los ingresos públicos vía tributación. Esta iniciativa debe traducirse en la adaptación del sistema tributario vigente en el Perú a la nueva realidad del comercio electrónico, por tal razón no deberían crearse tributos alternativos ni criterios distintos a los ya existentes.

4.7 La contratación electrónica y medios de resolución de conflictos:

En términos generales, el proceso de contratación por medios electrónicos, especialmente el que se realiza a través de aplicaciones móviles es más expeditivo que el contrato tradicional, precisamente porque se trata en la gran mayoría de casos de contratos de adhesión en los que con un click el consumidor acepta los términos y condiciones que impone la otra parte.

Sin embargo, precisamente por la inmediatez del contrato y por la presencia de una parte débil en el mismo, en ocasiones surgen situaciones de conflicto entre comprador y vendedor. Como se ha explicado antes, el esfuerzo por brindar una protección suficiente a los derechos del consumidor, supone una diferenciación en cuanto al tratamiento jurídico aplicable a las partes e igualmente abre las posibilidades a la utilización de mecanismos distintos para la resolución de las controversias que pueden surgir en este ámbito.

En el escenario de un poder judicial saturado de carga procesal y tomando también en consideración la escasa cuantía económica de las transacciones en las que participa un consumidor promedio, se justifica la solución de estos litigios mediante medios alternativos prácticos, eficaces y poco onerosos que permitan obtener una indemnización al consumidor. En tal sentido, el empleo de cláusulas de sumisión a determinados tribunales nacionales o a un órgano arbitral es habitual en esta modalidad contractual.

Las partes pueden recurrir a mecanismos de resolución alternativa para solucionar sus diferencias. Sería un pacto perfectamente válido y respetado por la legislación siempre y cuando no contravenga alguna norma imperativa contenida en leyes especiales y que constituyan alguna trasgresión a los límites generales impuestos por el interés social o público. No se puede recurrir al arbitraje o a la mediación si se ha configurado un delito. (Fernandez, E., 2013)

En el caso peruano, si el demandado domicilia en el extranjero se libra totalmente a la voluntad de las partes la decisión de llevar el conflicto a un proceso conciliatorio o arbitral. Pero ambas tienen efectos diferentes. En caso de llegar a un acuerdo en conciliación este tiene validez como si fuera un contrato, es decir se puede demandar judicialmente el cumplimiento del mismo. Para los procesos de arbitraje la decisión arbitral a la que se llegue es de cumplimiento obligatorio para las partes.

4.7.1 Arbitraje electrónico como forma de seguridad jurídica:

En el comercio tradicional, la vía más frecuente para la resolución de conflictos entre las partes es la judicial, sin embargo en países con alta congestión en los juzgados, el proceso judicial se vuelve lento y costoso, situación que no se ajusta a la celeridad que requieren los negocios electrónicos.

En este escenario, la tendencia es recurrir a árbitros que medien en las disputas y resuelvan los conflictos en última instancia. Para conseguirlo, el contrato debe incluir, una cláusula de compromiso que someta a las partes a la jurisdicción arbitral.

Sin embargo, al aplicar esta cláusula de jurisdicción arbitral, se presentan dos barreras a la resolución eficiente de conflictos: Por un lado la geográfica, las leyes internacionales están muy poco desarrolladas y no todos los países las aceptan. Por otro lado la económica, es muy caro litigar en diferentes países y las relaciones telemáticas precisan de mecanismos mucho más ágiles. (Tavano, M.)

La solución pasa por el arbitraje electrónico. El marco internacional, hasta hace poco, se encontraba rezagado en el desarrollo de la materia, dejando el enfoque al derecho doméstico, de acuerdo con sus posibilidades. Sin embargo, hoy por hoy el horizonte es muy distinto: la comunidad internacional cree que el uso de la tecnología en línea y electrónica puede mejorar considerablemente los procedimientos,

haciéndolos más rápidos y reduciendo los costos del arbitramento, particularmente en lo relacionado con el arbitraje internacional, a través de la reducción de los costos directos e indirectos de tales procedimientos, e igualmente, haciendo más efectivo el trabajo en colaboración (sea con texto o multimedia), entre otros. (Súarez, R.)

Las ventajas de esta forma de resolución de conflictos son evidentes: Los litigios se resolverán de forma electrónica y en tiempo real. Las asociaciones y organizaciones arbitrales comienzan a desplegar una infraestructura que permitirá que los conflictos que surjan en negocios electrónicos se tramiten en esas plataformas arbitrales en tiempos record. Por sus características, constituye una opción atractiva, siempre y cuando no se vea afectado por reglas procesales que lo vuelvan un problema, puesto que la excesiva reglamentación conduciría a su desnaturalización pues la esencia de este método es ser rápido, flexible y efectivo.

Igualmente, se deben considerar las dificultades que pueden presentarse en situaciones en donde la cláusula arbitral se incluye como condición general de contratación. En tal escenario, es preciso el cumplimiento de dos requisitos que funcionan como mecanismos de protección de la posición del adherente para considerar como formalmente válida la incorporación de dichas condiciones generales al clausulado contractual: En primer lugar, es preciso la remisión expresa dentro del contrato a estas condiciones generales que incluyen entre las mismas a la cláusula arbitral, aunque quede claro que no es necesario en todo caso una referencia específica a esta última. En segundo lugar, es necesario que el adherente tenga la

posibilidad real y efectiva de poder conocer el contenido de estas condiciones generales con anterioridad a la perfección del acuerdo contractual y que además tenga la posibilidad de contar con una copia de las mismas. (Fernandez, E., 2013)

A manera de ejemplo, se presenta el caso de *Aliexpress*, aplicación móvil para compras de la que se ha tratado con anterioridad. *Aliexpress* reúne una vasta oferta de vendedores chinos y los enlaza a compradores en todo el mundo. Dentro de sus políticas, está la de ofrecer la máxima protección al consumidor. Si surgiera algún conflicto o “disputa”, el consumidor tiene la opción de enviar un “formulario de disputa”, el que obliga al vendedor a negociar un acuerdo con el usuario dentro de los siguientes 15 días. En caso de no llegar a ningún acuerdo en ese plazo, la disputa se elevará automáticamente a “reclamación”. Eso implica una revisión del tema a cargo del Equipo de Gestión de Casos de *Aliexpress*, que actúa como un tribunal arbitral entre vendedor y comprador. Tanto comprador como vendedor, pueden aportar evidencias relevantes de forma electrónica, como el historial de chat, emails, capturas de pantalla, fotos, videos etc. para sustentar su posición en el litigio. *Aliexpress* contactará con ambas partes durante el proceso de reclamación y tomará la decisión final basada en las evidencias aportadas. Como puede apreciarse, se trata de un proceso simple, rápido y gratuito que sin importar la cuantía, busca proteger los derechos del consumidor.

Se puede concluir resaltando los notables beneficios de la utilización de técnicas arbitrales para la resolución de los conflictos en la contratación electrónica: la facilidad de acceso ante la saturación de los tribunales judiciales, la rapidez de la solución ante

la lentitud de la Administración de Justicia, el predominio del derecho convencional sobre el legal y la mayor especialidad del árbitro en una materia muy técnica y sometida a continuos cambios.

4.8 Responsabilidad civil en materia electrónica:

Como consecuencia de los conflictos que surgen en las relaciones contractuales a través de medios electrónicos en general y mediante aplicaciones móviles en particular, las partes pueden ver sus intereses afectados e incluso sufrir daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del contrato. Nuestro ordenamiento legal acoge el principio "*alterum non laedere*", entendido como un principio general del derecho de no dañar al otro. En aplicación del mismo, la vida en sociedad es posible y al ser conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado.

4.8.1 Daño electrónico:

En general la idea de daño implica una lesión a un bien jurídico protegido. Sin embargo, es difícil definir con exactitud los alcances de esta palabra, ya que cada autor en particular tiene su propia noción referente a este término. Para efectos de la presente investigación, se toma como referencia el concepto de Fernández Sessarego que resulta bastante amplio y genérico, al considerar que daño vendría a ser "Una modificación peyorativa de cualquier bien considerado éste en la acepción corriente y

amplia de entidad que determina ventaja y bienestar del hombre." (Fernández Sessarego, 2015)

Por tanto, el daño puede ser definido como todo menoscabo que se produce a los intereses de los individuos en su vida de relación social.

En este orden de ideas, se podría definir el daño electrónico como el menoscabo o detrimento que sufre una persona natural o jurídica a través de una red electrónica, como consecuencia del incumplimiento de las estipulaciones pactadas en una transacción electrónica o como consecuencia de la falta de un deber genérico de no causar daño a otro.

4.8.2. Determinación de la responsabilidad civil en la contratación electrónica:

Siguiendo el concepto de daño electrónico expresado líneas arriba, las posibilidades y escenarios en los que puede producirse son inagotables, desde el incumplimiento del contrato hasta aquel ocasionado con dolo o culpa. Para efectos de la presente investigación, se tratará específicamente del daño electrónico derivado de un contrato de compraventa a través de aplicaciones móviles.

En ese sentido y valorando la gravedad del daño, es necesario determinar cómo se aplicaría una reparación o indemnización, que sin perjuicio del reembolso del precio, puede ser una suma pecuniaria, una nueva entrega del producto defectuoso, una reparación técnica, etc.

De lo antes explicado, se desprende que el tema de la responsabilidad civil por daño electrónico se encuentra regulado por las normas sustantivas clásicas y encaja perfectamente en nuestro Código Civil. En tal contexto y atendiendo a la jurisdicción competente, si el daño se produce como consecuencia de un incumplimiento contractual, se aplicaría el Código Civil Peruano y la regulación prevista en la responsabilidad civil extracontractual si se producen los supuestos que surjan del hecho de haberse violado un deber genérico de cuidado o de no causar un daño a otro que es atribuido por ley.

4.8.3 Tratamiento del Daño Patrimonial y Extrapatrimonial

La clasificación de los daños y perjuicios que un incumplimiento de los deberes pueda ocasionar es muy variada, pues su ponderación dependerá de diversos factores. Sin embargo, dependiendo del bien jurídico que ha sido afectado, cabe distinguir dos tipos de daños: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial.

En cuanto al daño extrapatrimonial se refiere específicamente el daño psicosomático a la persona: un daño emocional que causa perturbaciones psíquicas, generalmente transitorias, no patológicas, como dolores o sufrimientos. Cabe hacer la salvedad que es posible que, en algunos casos, una perturbación psíquica se pueda convertir en una patología psíquica. (Fernandez Sessarego, C., 2016) En el escenario contractual que se viene desarrollando, este daño se produce cuando se producen casos de intromisión en la privacidad, se recaban o ceden los datos sin consentimiento o en los casos en que se produce un atentado contra el honor de la persona por fuga de los

datos, etc. También puede ser que el producto materia del contrato revista un especial valor sentimental para la persona, como puede ser una mascota o un vestido de novia.

En estos casos, debe ponderarse la magnitud del daño ocasionado para determinar la forma del resarcimiento. La costumbre impone, como primera medida el pago de una indemnización económica. Si fuera el caso, cancelar o modificar los datos si se hubieran hecho públicos y fueran falsos o inexactos.

Respecto a los daños patrimoniales básicamente se pueden producir por la pérdida o fuga de datos relevantes y necesarios de cuya custodia responde el titular de la información y de ello se deduzca el evento lesivo. Así la pérdida de los datos relativos a cuentas bancarias, a tarjetas de crédito o débito o de cualquier otra información que produzca un daño efectivo. Asimismo, comprende la omisión de la entrega del producto o la entrega del mismo en condiciones distintas de las pactadas que evidentemente causan perjuicio al comprador en el ámbito patrimonial. En estos casos, el resarcimiento dependerá del daño y los posibles perjuicios, evaluándose su cuantía mediante los medios de prueba admitidos en Derecho.

En síntesis, producto de las compras que se realizan a través de aplicaciones móviles, pueden originarse situaciones de conflicto y ocasionarse daños a los contratantes derivados de los mismos. En cada caso se debe ponderar la participación de diversos factores y agentes para determinar la responsabilidad civil, lo que implica la necesidad de salvar cada caso concreto según las circunstancias.

Por esta razón, es necesario valerse de las normas generales que disciplina la responsabilidad para cada uno de los tipos de esta pues no existe un régimen jurídico específico y concreto al que se pueda acudir. (Fernández Sessarego, 2015)

4.9. Contrato de compraventa mediante aplicaciones móviles: derecho comparado

Como se ha señalado, en la actualidad, nuestro país no cuenta con una regulación específica para las compras a través de aplicaciones móviles. En ese sentido, se abordará el ámbito del derecho comparado para comprender las perspectivas de las diferentes naciones, con respecto al régimen legal de las compraventas realizadas por medios electrónicos.

Existen varios países que han desarrollado mecanismos jurídicos para regular las transacciones a través de medios electrónicos, así como las relaciones entre proveedores y consumidores, pero con esto un problema: la aplicación de criterios nacionales, a los actos realizados en Internet, un medio de naturaleza internacional.

Gran parte de Estados consideran que las reglas de sus países deben aplicarse a los contratos por medios electrónicos, lo que podrá determinarse de acuerdo a las reglas de jurisdicción antes desarrolladas y dependiendo de la localización de los sujetos al momento de perfeccionar el contrato.

Para efectos de esta investigación, se tratará la legislación comparada de Estados Unidos y Canadá como países seguidores del *Common Law* y como precursores del comercio electrónico, España como uno de los países europeos a la vanguardia en contratación electrónica dentro de la Unión Europea y en el panorama latinoamericano, se desarrollarán las políticas de Chile, como uno de los países con la mejor economía de América Latina.

4.9.1. Estados unidos y Canadá:

Países desarrollados como Canadá y Estados Unidos, han desarrollado desde hace varios años políticas legales respecto a la regulación de los contratos realizados a través de medios electrónicos. Algunos autores han expresado que las reglas generales para la contratación en Internet, no cambian en su mayoría, en relación con las reglas normales de los contratos, considerándolos como contratos a distancia. Sin embargo, existen varios campos en los cuales no existen reglas claras, por lo que debe analizarse la aplicación de normas especiales para este tipo de contratos.

Específicamente en el caso de las compras a través de aplicaciones móviles, si se ofrece al consumidor la oportunidad de realizar la transacción al apretar un botón de "Acepto", no existe retraso entre el envío y recepción de mensajes. En esta opción, desaparece el tiempo, por lo que no se pueden aplicar las normas de contratación entre ausentes.

En Estados Unidos, Canadá y probablemente todos los países seguidores del sistema de *Common Law*, la ley que gobierna la formación de los contratos en Internet, es la misma que se aplica a las transacciones realizadas telefónicamente, es decir que debe ser considerada como las operaciones "cara a cara" o entre presentes.

Finalmente, es importante resaltar que la política de estos países tiene como base fundamental la seguridad y protección del consumidor a través de distintas entidades gubernamentales, por ejemplo el Centro de Quejas Cibernéticas del FBI le permite reportar casos de fraude por Internet, el *Better Business Bureau* (BBB) certifica con un sello a los negocios en línea que protegen la privacidad del consumidor y la Comisión Federal de Comercio ofrece consejos a los consumidores para realizar sus compras por Internet.

4.9.2 España

En este país, varios autores han realizado sus consideraciones de cómo deberán ser regulados los contratos en Internet. El criterio general es que, en cuanto a la contratación por Internet, nos encontramos ante un contrato entre ausentes y por ese motivo, en sus inicios el comercio electrónico fue regulado por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que las definía de esta manera: "Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza."

Sin embargo, desde el 13 junio de 2014, este país tiene vigente desde el la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, las que derogan las disposiciones de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista relacionadas con las ventas a distancia (artículos 39 a 48) y el Real Decreto 1906/1999 por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

Esta nueva ley supone importantes modificaciones en temas de comercio electrónico y tienda *online* siempre y cuando este se lleve a cabo con consumidores (no con empresas, o comercio B2B) entre las que se destacan las siguientes:

- Previo a la celebración del contrato, el consumidor debe ser informado de la dirección completa del establecimiento físico, así como el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico de contacto. También habrá de informarse de la dirección completa a la que el consumidor y usuario podrá dirigir sus reclamaciones, en caso de que no corresponda con la primera.
- Todo pago adicional deberá ser comunicado de manera clara y comprensible y expresamente aceptado por el consumidor de la tienda *online*: No podrán utilizarse opciones por defecto que el consumidor deba rechazar para evitar el pago adicional. De hacerse así, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pagos.
- Es necesaria la confirmación expresa por parte del consumidor y este debe ser plenamente consciente de que el pedido implica una obligación de pago. Si es

usan botones o funciones similares, estos deberán etiquetarse únicamente con la expresión «*pedido con obligación de pago*» o una formulación análoga no ambigua.

- El consumidor será informado sobre el modelo de formulario de desistimiento antes de la conclusión del contrato. En el texto legal se incorporan dos modelos de este documento de información sobre el desistimiento y del formulario para solicitarlo.

4.9.3 Chile

En Chile, la relación entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores es supervisada por el Servicio Nacional del Consumidor- SERNAC y está regulada por la Ley N° 19.496 de protección de los derechos de los consumidores. Esta ley está vigente desde el año 1997 para regular las relaciones comerciales en general y su última modificación del 30 de agosto de 2016, incluye en su articulado disposiciones expresas para la compraventa a través de medios electrónicos, siendo las más resaltantes las siguientes:

- En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.

- Los proveedores chilenos en línea deben proporcionar una identificación completa (domicilio, teléfono, fax y correo electrónico) para aclaración de dudas o presentación de reclamos.
- La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor. Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato.
- Los proveedores en línea deben proporcionar una descripción real y veraz de las características de sus productos. Esta Publicidad no debe ser engañosa o inducir al error.
- Los proveedores en línea deben promocionar sus productos y servicios en idioma español. Ellos pueden tener opciones de traducción del sitio a otros idiomas, pero deben cumplir con la disposición anterior.

CAPITULO V

PROBLEMAS Y VENTAJAS EN LA CONTRATACIÓN DE COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS)

En los capítulos precedentes, se ha desarrollado ampliamente el aspecto técnico legal de los contratos de compraventa a través de medios electrónicos en general y las que se realizan mediante aplicaciones móviles en particular en nuestro país.

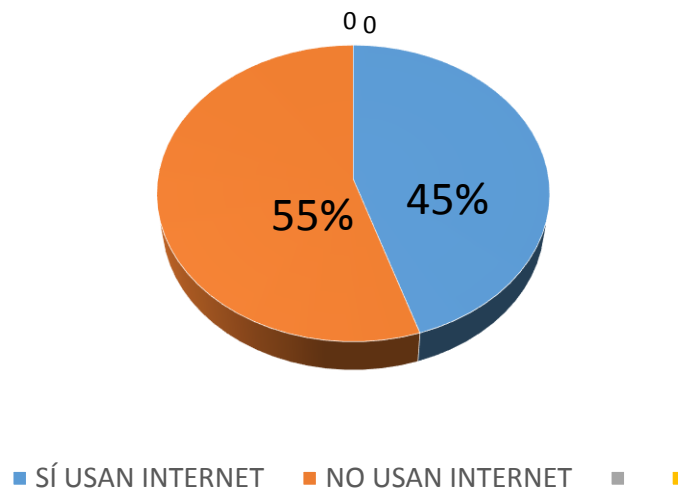
En el presente capítulo, se pretende abordar la problemática actual a este respecto, con información estadística que permita justificar la regulación legal del tema, pero también las ventajas que ofrece esta naciente modalidad contractual, partiendo de la caracterización del usuario promedio.

5.1 Caracterización de los Consumidores Potenciales

5.1.1 Perfil del Internauta Peruano

De acuerdo a un estudio de GFK Perú a diciembre de 2015, el número de peruanos usuarios de internet llega a 45%. Este número no distingue la forma de conexión, comprendiendo en general, ordenadores y dispositivos móviles.

USO DE INTERNET EN EL PERÚ



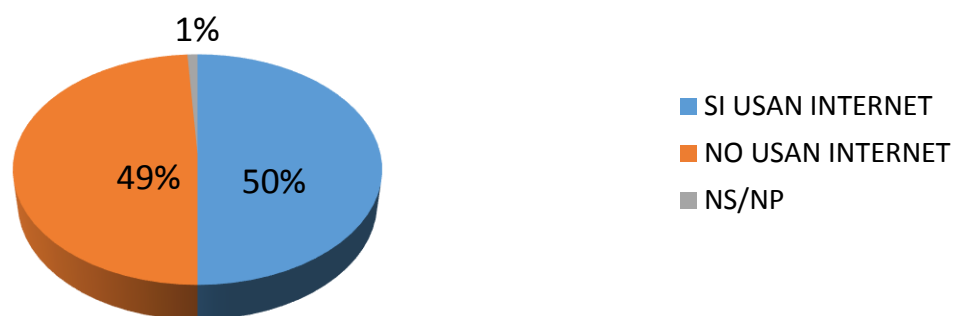
Base diciembre 2015: (100%) Total de Entrevistados –Nacional urbano rural (1308)

Figura 1. Uso de Internet. En el Perú. Datos Copyright 2015 por GFK.

GFK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>

Dentro del ámbito urbano, la cifra llega al 50% en el ámbito urbano y se reduce a 18% en el ámbito rural.

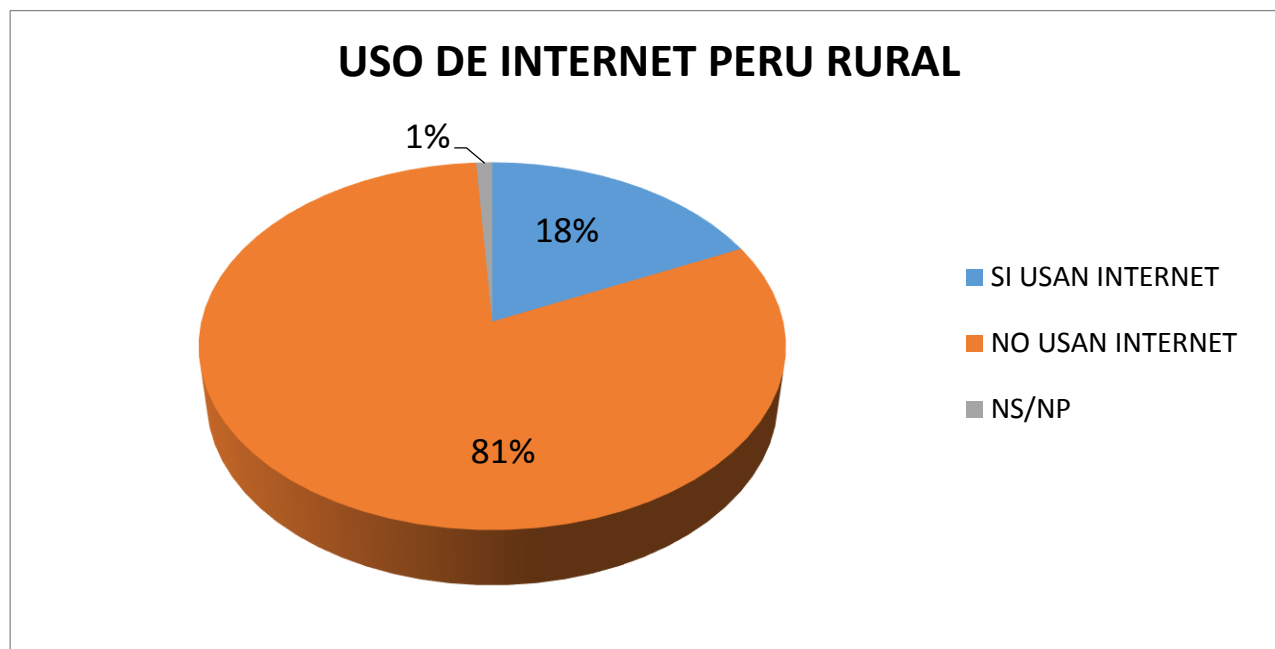
USO DE INTERNET PERU URBANO



Base diciembre 2015: (100%) Total de Entrevistados –Nacional urbano rural (1308)

Figura 2. Uso de Internet Peru Urbano. Datos Copyright 2015 por GFK.

GFK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>



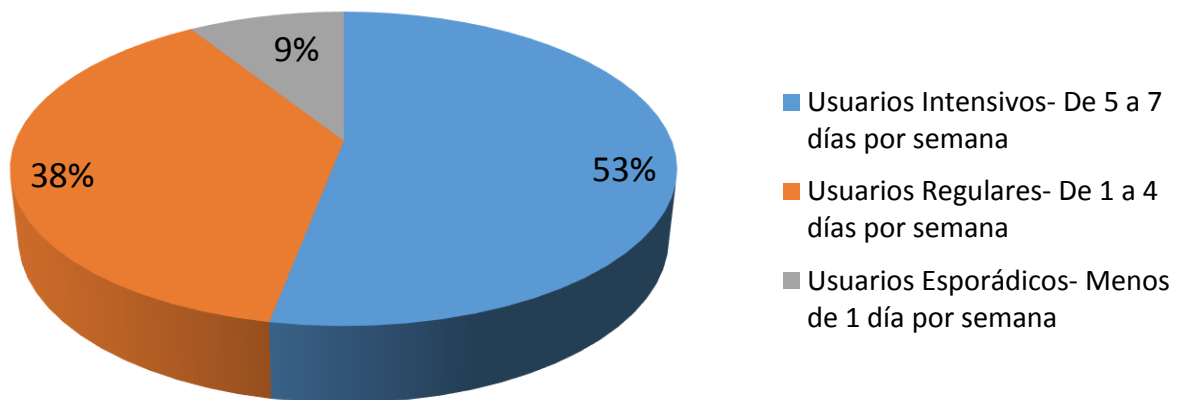
Base diciembre 2015: (100%) Total de Entrevistados –Nacional urbano rural (1308)

Figura 3. Uso de Internet Perú Rural. Datos Copyright 2015 por GFK.

GFK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>

Pese a las evidentes diferencias en relación a países desarrollados, la inclusión del ámbito rural que considera a todos los pobladores de las distintas provincias de nuestro país alcanza índices cada vez más elevados de penetración de internet. En ese sentido, el estudio concluye que al menos una de cada tres personas en el Interior, en las distintas regiones, utiliza Internet. (GFK Perú, 2015)

PERFIL DEL USUARIO DE INTERNET- PERÚ



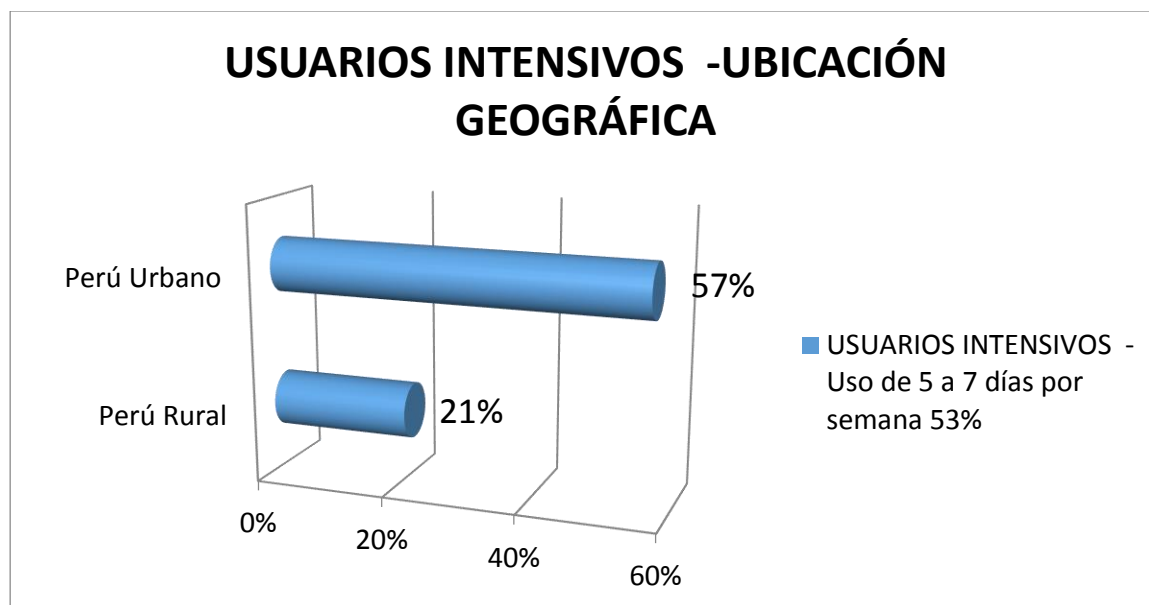
Base diciembre 2015: Total de Entrevistados que usan internet- Nacional urbano rural (548)

Figura 4. Perfil del Usuario de Internet Perú. Datos Copyright 2015 por GfK.

GfK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de

www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/PE/GfK_OP_Diciembre_2015__Compras_por_Internet_3.pdf

De ese porcentaje y respecto a la frecuencia de acceso a la red, el 53% son usuarios intensivos que acceden a internet entre a 5 a 7 días a la semana. Le siguen los usuarios regulares en un porcentaje de 38%, cuyos accesos a internet son de entre 1 a 4 días a la semana y con un 9% los usuarios esporádicos, que utilizan internet menos de 1 vez a la semana o casi nunca.

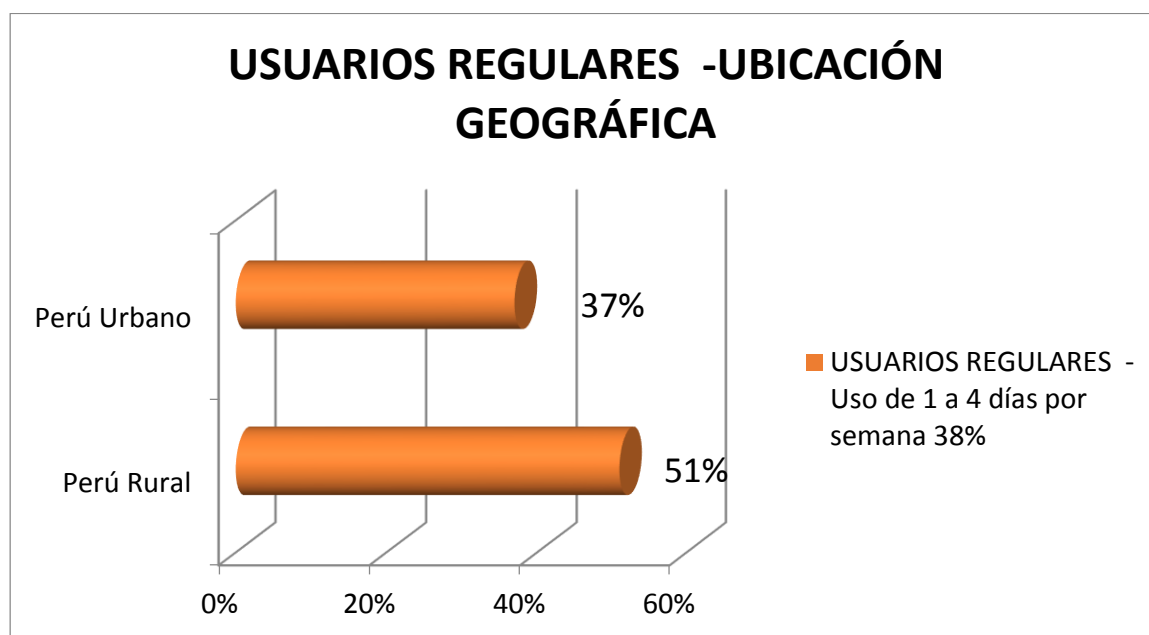


Base diciembre 2015: Total de Entrevistados que usan internet- Nacional urbano rural (548)

Figura 5. Usuarios intensivos por ubicación geográfica. Datos Copyright 2015 por GFK.

GFK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de

www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/PE/GfK_OP_Diciembre_2015__Compras_por_Internet_3.pdf

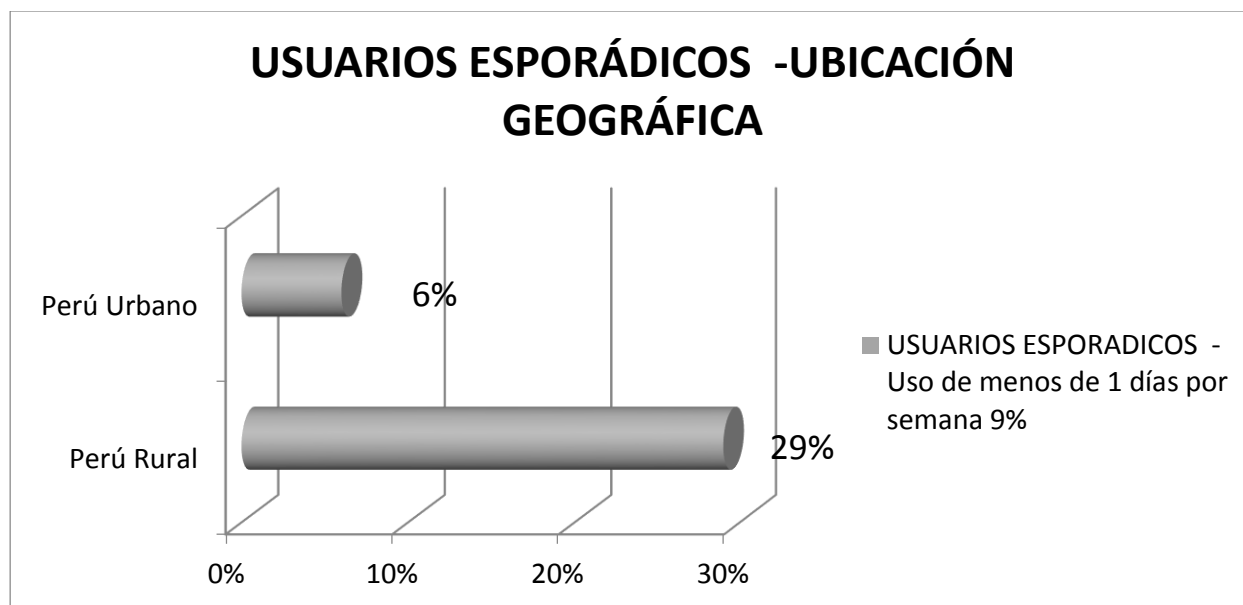


Base diciembre 2015: Total de Entrevistados que usan internet- Nacional urbano rural (548)

Figura 6. Usuarios regulares por ubicación geográfica. Datos Copyright 2015 por GFK.

GFK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de

www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/PE/GfK_OP_Diciembre_2015__Compras_por_Internet_3.pdf



Base diciembre 2015: Total de Entrevistados que usan internet- Nacional urbano rural (548)

Figura 7. Usuarios esporádicos por ubicación geográfica. Datos Copyright 2015 por GfK.

GfK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de

www.gfk.com/fileadmin/user_upload/dyna_content/PE/GfK_OP_Diciembre_2015__Compras_por_Internet_3.pdf

5.1.2 Perfil del peruano usuario de smartphones:

Específicamente, respecto al uso de teléfonos inteligentes, un estudio de Ipsos Perú al año 2016, estima que el número de personas con *smartphone* es de 7 millones. (Ipsos Perú, 2016) Esta cifra constituye un porcentaje importante de la población total, aproximadamente el 23% quienes posicionan a Apple, Samsung y LG como sus marcas favoritas. El usuario promedio tiene 28 años de edad, es soltero y trabajador dependiente.

Respecto a la de descarga de aplicaciones móviles, el usuario tiene en promedio 11 aplicaciones descargadas en su Smartphone. Si bien existe una notable preferencia hacia las *apps* gratuitas (93%), la proporción de *apps* pagadas ha aumentado respecto el 2015. Respecto a los contenidos de las aplicaciones móviles, las más descargadas

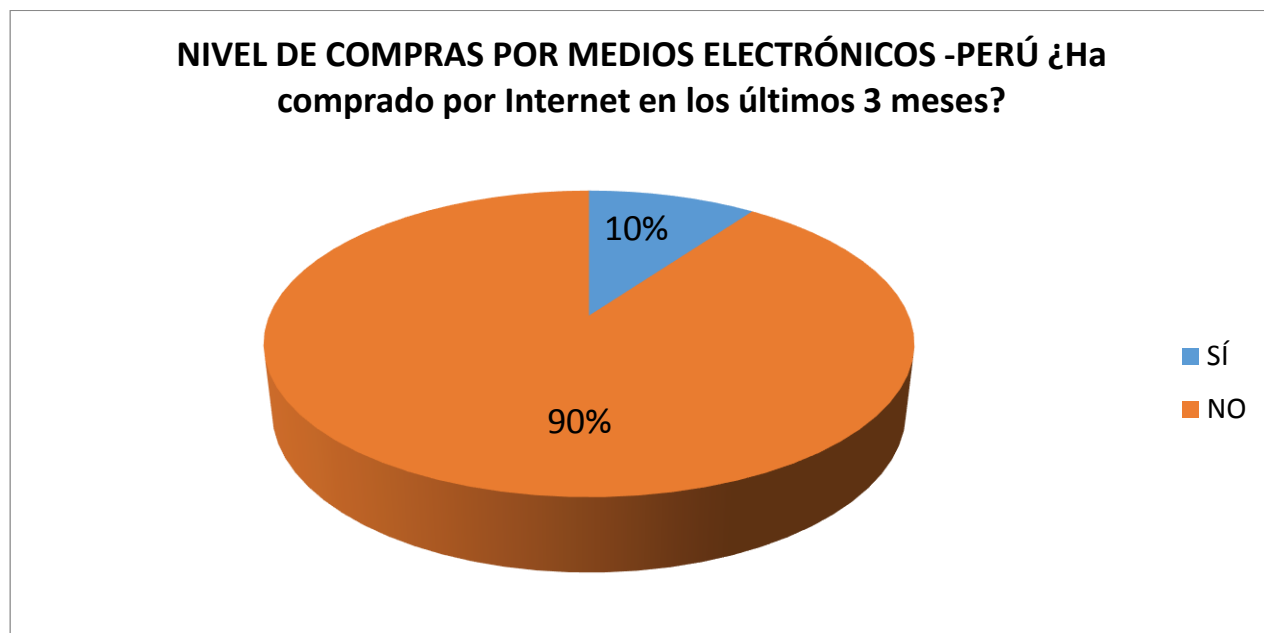
son las de contenido social como Facebook, WhatsApp, YouTube y Facebook Messenger. Como es lógico, por el momento los peruanos privilegian el uso social de sus *smartphones* con aplicaciones de uso diario, frente a la utilidad práctica de contratar a través de este medio, pues por el momento este tipo de aplicaciones son de uso esporádico o de ocasiones puntuales.

Pese a esto, no se puede dejar de mencionar el riesgo que suponen los *smartphones* y tabletas perdidos o robados, situación que en nuestro país es el pan de cada día: La mayoría de dispositivos inteligentes son revendidos en el mercado informal. El nuevo poseedor del dispositivo puede recuperar algunos de los datos del usuario anterior mediante un análisis forense del equipo.

Si no se aplica ninguna seguridad, un dispositivo perdido o robado puede llevar fácilmente a una brecha en los datos de negocios almacenados, que incluyen mensajes de correo electrónico, contactos, registros, contraseñas, información bancaria y más. Si bien lo mismo puede decirse de las laptops, los usuarios pierden *smartphones* y tabletas mucho más seguido. Los dispositivos inteligentes casi siempre almacenan las contraseñas, y es menos probable que verifiquen la identidad del usuario con una autenticación de dos factores.

5.1.3 Nivel de compras por medios electrónicos en el Perú :

Siguiendo el estudio de GFK Perú, sólo un 10% de los usuarios de internet en general, han realizado compras a través de este medio electrónico durante los últimos 3 meses.

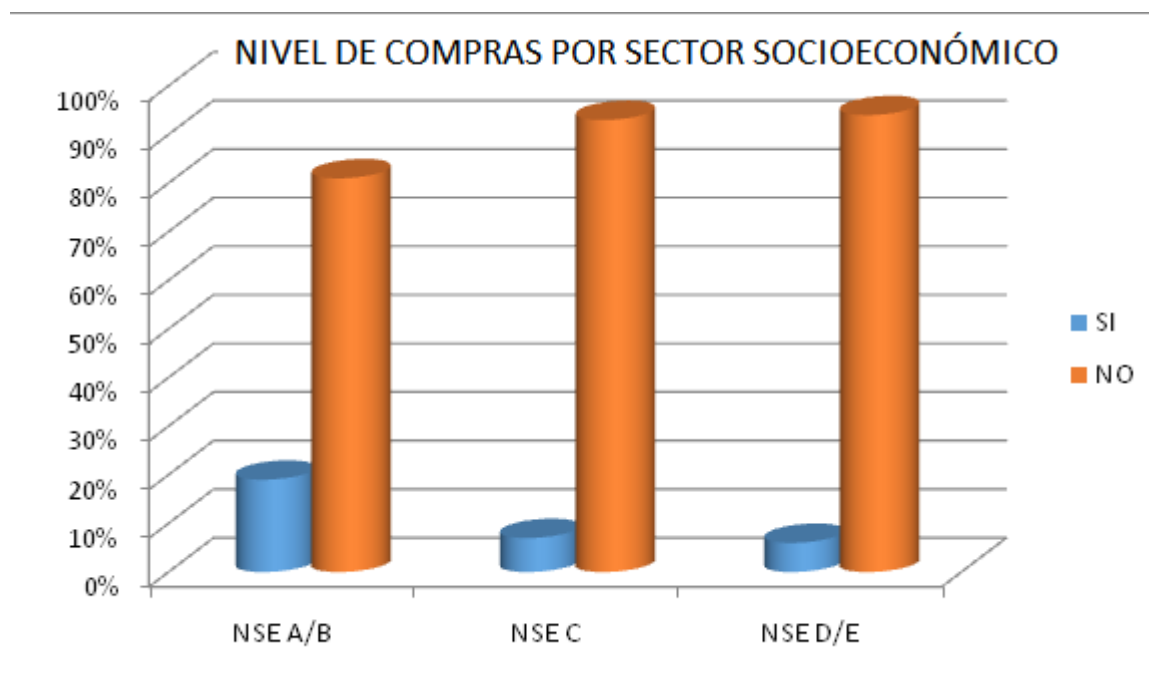


Base diciembre 2015: (100%) Total de Entrevistados que suelen ingresar a internet- Nacional urbano rural (572)

Figura 8. Nivel de Compras por medios electrónicos en el Perú. Datos Copyright 2015 por GFK.

GFK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>

Este porcentaje casi se duplica en el sector A/B con 19%, por lo que se puede concluir que el poder adquisitivo constituye un factor determinante en la decisión de compra por medios electrónicos.



Base diciembre 2015: (100%) Total de Entrevistados que suelen ingresar a internet- Nacional urbano rural (572)

Figura 9. Nivel de Compras por Sector Socioeconómico. Datos Copyright 2015 por GfK.

GfK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>

Esta información también aporta una visión del panorama contractual: existe un 90% de virtuales consumidores que por diversas razones no contratan a través de medios electrónicos: un nuevo mercado con potencial de suceder al comercio tradicional a futuro.

Como se ha explicado anteriormente, la idea de comprar usando un dispositivo inteligente, frente a utilizar la computadora resulta bastante ventajosa: La utilización de una computadora es incompatible con el concepto del binomio movilidad-navegación. (Instituto Nacional de Estadística de España, 2016) Para que un producto pueda competir en el mercado actual, es necesario que la información y el acceso a la compra del mismo, esté al alcance del consumidor en cualquier lugar y en cualquier

momento. En tal sentido, la tendencia a futuro será la de usar dispositivos móviles para realizar compras cotidianas.

5.2 Razones de rechazo a las compras por medios electrónicos en el Perú:

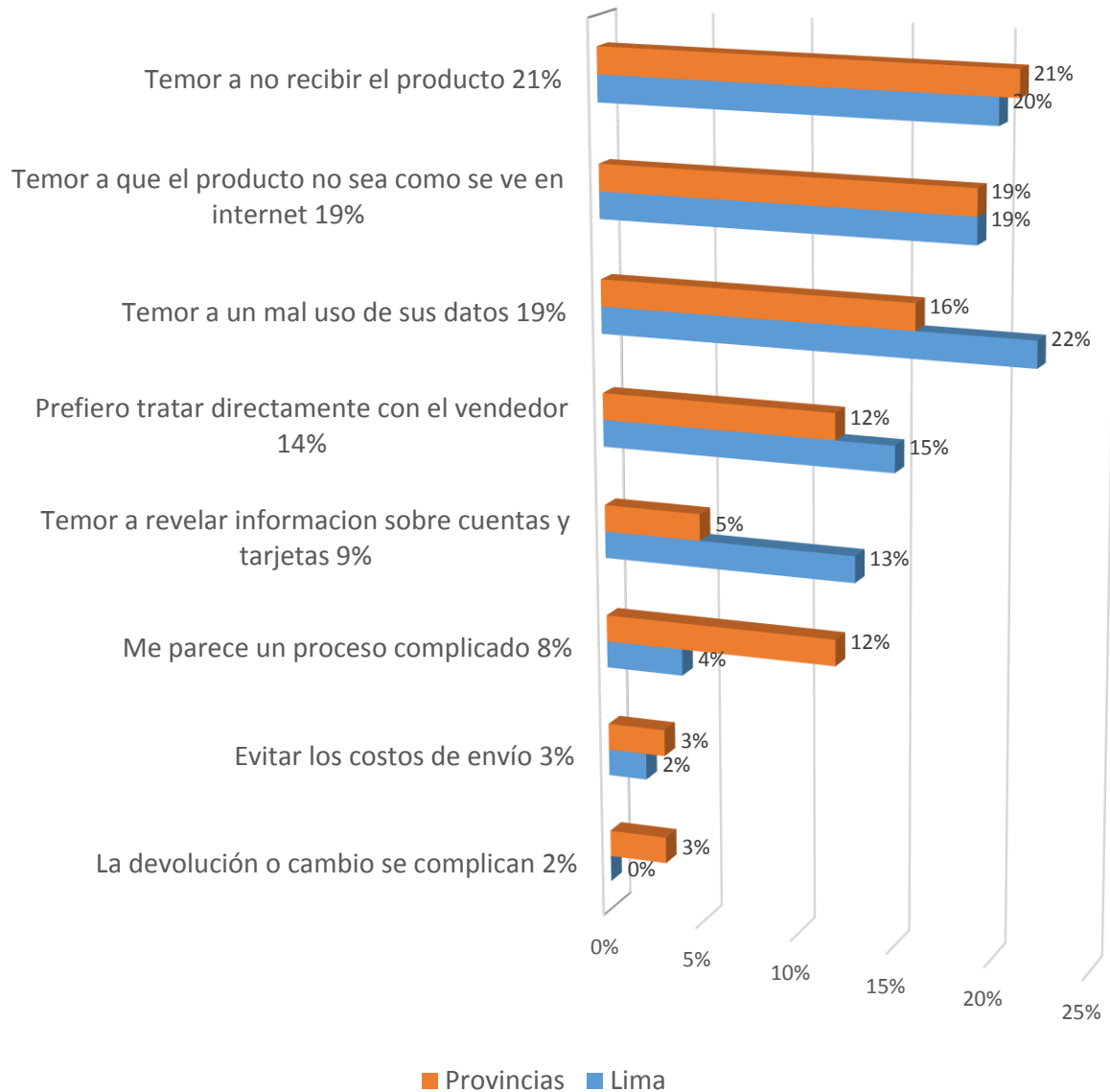
Al revisar los números que refieren al acceso a internet de los peruanos, el panorama es alentador pues la penetración de internet, a través de ordenadores o dispositivos móviles se ha generalizado en zonas urbanas (50%) y es cada vez mayor en zonas rurales (18%).

Sin embargo el porcentaje de compras realizadas con medios electrónicos es bastante bajo (10%), pese a las ventajas de esta modalidad de contratación, como el aumentar las posibilidades de interactuar con otros sujetos a nivel nacional e internacional (ampliación subjetiva), de elegir productos y servicios en un rango cada vez más amplio (ampliación objetiva), de tener algunas categorías de bienes personalizados (desmasificación segmentada) y de disminuir el tiempo de elección (tiempo real), todo lo cual reduce drásticamente los costos de transacción en beneficio del consumidor. (Lorenzetti, R., 1999) Este fenómeno se debe entre otras razones a la falta de información. Si bien el uso de internet se ha extendido exponencialmente entre los peruanos, la mayoría desconoce cuántos mercados y tiendas *online* existen.

Siguiendo con el estudio de GFK, a continuación se presentan las principales razones de rechazo a las compras a través de medios electrónicos en el Perú:

RAZONES DE RECHAZO A LA COMPRA ONLINE

Por zona geográfica



Base diciembre 2015: (100%) Total de entrevistados que no están dispuestos a realizar compras por internet en los próximos meses (385).

Figura 10. Razones de rechazo a la compra online por zona geográfica. Datos Copyright 2015 por GfK.

GfK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>

5.2.1 Temor de no recibir el producto

El primer lugar entre los temores de los posibles compradores *online*, es el miedo a no recibir el producto adquirido, pues a diferencia de las compraventas tradicionales, al no encontrarse físicamente comprador y vendedor en el mismo lugar, la entrega del mismo es diferida en relación al pago. Esta modalidad contractual genera desconfianza en el consumidor que está habituado a la contratación tradicional de pago contra entrega del producto.

El tiempo de espera para recibir los artículos adquiridos al comprar por Internet siempre es superior al de la compra tradicional, pudiendo tratarse de días, semanas e incluso meses, dependiendo de la ubicación física de los contratantes y del medio de envío empleado. Además, existe la posibilidad de que el producto se dañe en ese tiempo (Garrido, J., 2015) o que por razones imputables al vendedor o a la empresa de envío, el comprador nunca reciba el producto por el que pagó. Se trata sin duda de temores válidos, sin embargo los riesgos pueden reducirse contando con el soporte legal necesario.

5.2.2 Temor a que el producto no sea en realidad como se ve *online*

Una vez superado el temor a no recibir el producto, surge la segunda causa que desincentiva las compras *online* en el Perú: el temor a recibir un producto diferente del que se muestra en la versión *online*.

Al ciudadano promedio le gusta tocar aquello que va a adquirir, probarlo y verificar su calidad y cualidades, de tal forma que pueda certificar que el producto cumpla sus expectativas y sentir que su inversión está justificada.

Al adquirir un producto a través de medios electrónicos, se toma como base para la compra la descripción escrita del producto a la que generalmente se acompañan imágenes o videos. Dependiendo del caso, el comprador puede personalizar el producto o elegir tamaño, talla, colores u otros detalles de acuerdo a sus preferencias. Sin embargo, existe el riesgo de que el producto enviado sea de una calidad inferior o muy distinto a lo publicitado, lo que evidentemente perjudica la inversión del consumidor. Sobre este particular, circulan en la red graciosas anécdotas y experiencias de otros consumidores “Expectativa Vs. Realidad” en relación a productos adquiridos muy distintos de los publicitados. Pese a la nota humorística, la experiencia negativa de otros consumidores sirve para desalentar al comprador de realizar la transacción, situación que podría ser regulada para prevenir estas malas experiencias.

5.2.3 Temor a un mal uso de sus datos

Desde sus orígenes, Internet ha sido de gran utilidad para sus usuarios en gran medida por su versatilidad y por el fácil acceso que permite a la información y a la adquisición de bienes y servicios. No obstante, existe también un peligro potencial para quienes hacen uso de la red: los hackers, que sustraen información sensible de los usuarios para fines de lucro.

El uso cada vez más extendido de los smartphones y las tablets ha creado un nuevo canal de amenaza importante: la aplicación móvil. Con el gran volumen de aplicaciones que hay disponibles en la actualidad, los hackers se pueden ocultar fácilmente y pueden distribuir códigos maliciosos a víctimas involuntarias. De hecho, las aplicaciones se han convertido en el vehículo principal para distribuir *malware* móviles, y el crecimiento exponencial de las aplicaciones agrava el problema. (Webroot, 2017)

Mientras que el *malware* móvil todavía representa solo una fracción de las millones de amenazas para PC, la cantidad de nuevas amenazas móviles ha mostrado una trayectoria de crecimiento más agresiva. Los individuos desprevenidos instalan estas aplicaciones en sus dispositivos móviles sin hacer ninguna investigación sobre la aplicación o sus desarrolladores, abriendo así la puerta a un ataque con datos sensibles como objetivo.

En este escenario, es indispensable para el comprador verificar la buena reputación de las aplicaciones móviles o de las páginas web donde realiza la compra para no exponerse a ese riesgo.

5.2.4 Preferencia por la contratación tradicional

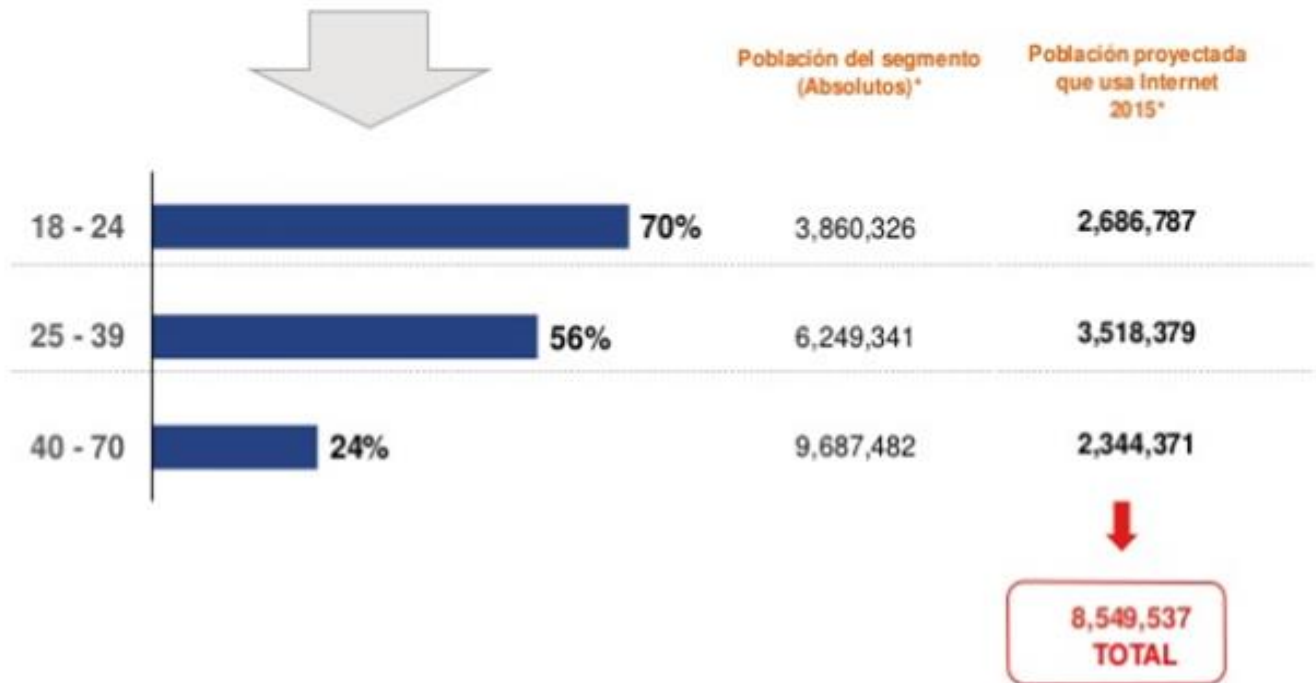
Como se ha desarrollado líneas arriba, muchos peruanos aún prefieren realizar las transacciones “cara a cara”, con el objetivo de verificar la calidad del producto.

Además, en lo que a contratos se refiere el Perú sigue siendo una sociedad tradicionalista: el contratante cree en la palabra del otro y en el apretón de manos para sellar el trato. Al peruano le gusta reunirse con su contraparte para conocerse, negociar las condiciones del contrato, regatear el precio y dependiendo del caso, hasta celebrar la transacción. Se privilegia el contacto humano, el poder dirigirse a alguien que ya se ha conocido personalmente en caso de problemas con la compra, en consecuencia el eliminar ese elemento es la primera llamada a la desconfianza del potencial consumidor.

Esta preferencia viene arraigada por la experiencia previa del comprador y como es lógico, mientras más edad tenga usuario será más reticente a realizar compras *online*, pues su experiencia previa será afín a la contratación tradicional. En contraposición, el segmento más joven es el que lidera tanto el uso como las compras a través de internet, por medio de ordenadores o de aplicaciones móviles, pues al llegar a la edad en la que cuentan con poder adquisitivo, las plataformas de compra virtual no les resultan ajenas, por tanto la desconfianza que les generan es nula o mucho menor.

Uso de Internet de cada grupo de edad

El segmento más joven (18-24) es el que más utiliza Internet, representando al 31% de los peruanos mayores de edad que utilizan este servicio.



Según APEM 2015 Perú Urbano y rural. Población en el rango de 18 a 70 años

Base diciembre 2015: (100%) Total de entrevistados- Nacional urbano rural (1308)

Figura 11 Uso de Internet de cada grupo de edad. Datos Copyright 2015 por GfK.

GfK. (2015). Uso de Internet. [Gráfico]. Recuperado de <https://es.slideshare.net/GfKPeru/gfk-per-uso-de-internet-en-el-per-octubre-2015>

5.2.5 Temor a revelar información sensible sobre cuentas y tarjetas

Derivando del miedo al mal uso de sus datos por la posibilidad de vulneración de las redes por parte de los *hackers* informáticos, otro temor que está latente en los compradores peruanos es el de entregar los datos de su tarjeta de crédito a través de una página web o aplicación móvil y que estos datos sean interceptados y se realicen cobros no autorizados.

Para evitar esta suerte de fraudes, es importante para el consumidor revisar en la Red el nombre de la empresa en la que se va a realizar la compra, visitar su página web, verificar ver el grado de satisfacción de anteriores compradores, sus comentarios, así como el nivel de confianza de la empresa.

Los sitios web de buena reputación para compras, insertan sellos de compra segura en Internet, que suelen colocar al final de la página principal o bien en la página de pago. Algunos de los más conocidos son: *VeriSign Secured*, *TRUSTe*, *Euro-Label Spain* o *Confianza Online*. También empresas como *Visa* certifican con su propio sello la seguridad en los pagos en muchas webs.

Finalmente, en el mercado *online* peruano existen algunas empresas como Linio que ofrecen también la opción de pago contra entrega. Esta forma de pago tradicional le da más confianza al consumidor peruano, que como ya se ha señalado prefiere la contratación tradicional.

5.2.6 Dificultad para realizar el proceso de compra

Un estudio realizado por IBM y eConsultancy (Diario Gestión, 2016) asegura que el comportamiento de una compra por internet es influenciada por dos factores principales: comodidad y conveniencia.

Pese a que actualmente el mercado electrónico está lleno de oportunidades y el incremento de las compras a través de estos medios es cada vez mayor, el 70% de las compras *online* son abandonadas, es decir el usuario no termina el proceso de compra pues se le presentan trabas en el camino.

Se puede observar que los principales problemas a los que se enfrentan los usuarios están relacionados al diseño de interfaz, un aspecto que está en manos de las empresas. El diseño debe responder a cómo se proyecta una marca a través de una buena propuesta de interfaz, que permita crear una experiencia de compra amigable y positiva para el usuario promedio.

En tal contexto, la experiencia de consumo es un tema netamente comercial, ya que la empresa debe invertir tiempo y recursos en la modernización de las técnicas de las compras de pago y a las mejoras en la operación logística, sobre todo si su objetivo es ampliar la base de clientes *online*.

5.2.7 Evitar los costos de envío

Siguiendo con el estudio de IBM y eConsultancy, uno de cada dos usuarios que abandona una compra *online* lo hace a causa de costos ocultos. Si bien una de las principales ventajas al comprar por internet es el ahorro económico que supone, es muy importante para el usuario detectar durante el proceso de compra los posibles costos ocultos que inflan gradualmente el precio final del producto. Estos costos ocultos pueden ser los costos de gestión, gastos de envío, costos en el método de pago escogido o gastos de aduanas. (Garrido, J., 2015)

Si bien, tanto los sitios web como las aplicaciones móviles expresan estos costos con claridad al momento de requerir el pago del producto, en algunos casos puede optarse por el envío gratuito del producto, que en contraposición implica un tiempo más largo de espera para obtenerlo.

5.2.8 Dificultad para la devolución o cambio del producto

Por último, en el escenario que el comprador decida hacer la compra y el producto no cumpla con sus expectativas, debe optar por la devolución o cambio del producto para proteger su inversión.

Dependiendo de la ubicación física de las partes contratantes, el proceso de devolución será por lo general más complicado que en la compra tradicional, por factores evidentes como el tiempo y costo de retornar el producto y de enviar uno nuevo, y siempre y cuando se haya pactado contractualmente la posibilidad del cambio o el derecho a la devolución del dinero.

Pese a que los mercados *online* como Aliexpress, Ebay, Mercado Libre y Amazon ofrecen muy buenas políticas de protección de compra a favor del comprador, se debe tener presente este aspecto de cara a una regulación legal general del tema.

5.3 Ventajas de la Contratación mediante Aplicaciones Móviles (APPS)

Del análisis realizado desde distintas perspectivas tanto técnicas como legales, se puede afirmar que los contratos electrónicos de compraventa en general resultan ventajosos para los consumidores peruanos, particularmente aquellos que se realizan a través de aplicaciones móviles pues como se ha desarrollado en títulos anteriores, la tendencia a futuro será la de utilizar cada vez más los dispositivos móviles antes que el ordenador o laptop.

Sin duda, la principal ventaja de la consolidación de esta modalidad contractual resultaría en un notable beneficio para la economía del Perú, tanto para los consumidores individualmente como para la recaudación fiscal, que puede ser la oportunidad propicia para salir de la situación de subdesarrollo que actualmente enfrenta el país.

A continuación se enumeran las principales ventajas de esta modalidad contractual, desde la perspectiva del consumidor:

5.3.1 Acceso

Los consumidores acceden a un nuevo canal de comercialización a través de sus dispositivos móviles aprovechando el concepto del binomio movilidad- navegación (Instituto Nacional de Estadística de España, 2016) teniendo acceso inmediato a la información y a la compra desde cualquier lugar y en cualquier momento, incluso mientras realiza otras actividades que impliquen desplazamiento.

5.3.2 Costos de Transacción

Los costos de transacción se reducen significativamente en comparación de la contratación tradicional, pues no se presenta una etapa de pre-contratación y la negociación y acuerdo excluye la presencia física de las partes, excluyendo también la necesidad de un local físico de exhibición de los productos.

5.3.3 Disponibilidad

La disponibilidad de servicios y productos es permanente y se oferta al consumidor una variedad de ítems mucho mayor, incluso ofreciendo productos que sólo están disponibles en ciertos países.

5.3.4 Precios Competitivos

Otra clara ventaja es que el mercado online es muy extenso, los precios son muy competitivos y mejores que en las tiendas físicas por la competencia que hay entre ellos mismos, lo que genera mejores precios para los compradores y ofertas y descuentos exclusivos.

5.3.5 Información detallada de los productos

Este mercado ofrece mucha información de los productos que se va a comprar, partiendo de la descripción detallada de las características de los mismos por parte del vendedor así como *reviews* o reseñas hechas por los que ya compraron ese mismo producto.

CAPITULO VI

LINEAMIENTOS BÁSICOS QUE DEBEN CONSIDERARSE EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA MEDIANTE APLICACIONES MÓVILES (APPS) EN EL PERÚ.

Actualmente no existe una ley específica que regule detalladamente la contratación electrónica en general, ni de la que se realiza a través de aplicaciones móviles en particular. No obstante, el Decreto Legislativo N° 716 -Ley de Protección al consumidor reglamenta la ventas que se realizan en los establecimientos que están “abiertos al público”. En esta definición general cabe considerar las ofertas y compraventa que se realizan a través de Internet.

Esta ley comprende los derechos de los consumidores frente a contratos de compraventa, sin precisar si la venta es a distancia o no. La regulación es genérica, por tanto no resulta la ley más adecuada para reglamentar los contratos electrónicos o las transacciones que se realizan a través de medios electrónicos y aplicaciones móviles.

Como se ha desarrollado en el capítulo anterior, los contratos celebrados por medios electrónicos, al ser contratos a distancia, presentan una serie de factores que desincentivan a las partes a llevarlos a cabo. Ante estos riesgos, varias legislaciones

extranjeras como la norteamericana y la chilena, han considerado que en el marco de una venta a distancia como es Internet, el consumidor debe beneficiarse de una protección reforzada y de derechos particulares, como el acceso a una información previa reforzada, la confirmación de algunas informaciones esenciales por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero, las garantías necesarias para el pago, el derecho de resolución, etc.

Producto del análisis del marco legal peruano, del escenario tecnológico y económico presente y de las dificultades que se presentan a los usuarios para comprar por medios electrónicos, se advierte que la necesidad de una ordenación específica de esta modalidad contractual es imperiosa.

En este orden de ideas, a continuación se pretende establecer una serie de lineamientos para regular los contratos de compraventa a través de medios electrónicos en general y de aplicaciones móviles en particular que permita dotarlos de seguridad jurídica, reduciendo la asimetría entre vendedor y comprador, incidiendo especialmente en la protección de los derechos de este último.

6.1 Protección del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas

Actualmente la mayoría de aplicaciones móviles que permiten compras, incorporan un apartado que refiere a las “Condiciones generales de venta”, en donde presentan las

condiciones de contratación. Lo mismo aplica para sitios web de comercio electrónico: las condiciones de contratación por lo general son presentadas en la primera página del sitio web.

En ambos casos, corresponde al consumidor pulsar sobre este icono, si desea tomar conocimiento de las condiciones de venta. La mayoría de veces, el usuario, acepta el contrato sin haber leído estas condiciones generales de contratación y en su ignorancia del mismo puede aceptar someterse a condiciones o cláusulas abusivas.

En este escenario, es un deber del consumidor revisar el contenido del contrato antes de la aceptación del mismo, para tener conocimiento de las cláusulas de contratación y se pueda presumir que lo haya tenido. Siendo el vendedor quien elabora las condiciones generales de venta, es evidente que buscará obtener el máximo beneficio de estas condiciones generales para beneficiarse, situación que puede dar lugar a la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato.

Una cláusula abusiva es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes. (Echeverri, V., 2011) Se trata de cláusulas que no han sido explícitamente negociadas entre las partes y que ocasionan detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En tal sentido, es tarea del Estado controlar la implementación de las mismas, lo cual tiene implícita una intervención en la autonomía de la voluntad privada de los contratantes. Por tal motivo, se ha discutido en el ámbito internacional la esfera de dicho control, que puede ser legislativo, administrativo o judicial y que procede cuando se presenta un contrato de adhesión con un consumidor. Con respecto a esto, nuestro Código Civil en su artículo 1398 restringe la prohibición de las siguientes cláusulas:

- Invalidez de las estipulaciones que establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad a favor de quien las ha redactado.
- Invalidez de estipulaciones que establezcan facultades unilaterales de rescisión o resolución del contrato.
- Invalidez de estipulaciones que establezca prohibiciones de oponer excepciones.
- Invalidez de estipulaciones que establezcan prohibiciones de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Del análisis de ese artículo, se desprende que no brinda una protección completa al consumidor contra las cláusulas abusivas, existen también otras que pueden perjudicar directamente a los intereses del comprador peruano.

En esencia, deben considerarse cláusulas abusivas y en consecuencia nulas, las que tengan por objeto:

- Autorizar al proveedor a modificar unilateralmente el contrato, sin motivos válidos especificados en el mismo.
- Estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega

- Otorgar al vendedor el derecho a aumentar los precios, sin que el consumidor tenga el derecho a rescindir el contrato, si el precio final resultara superior al previamente convenido al celebrar el contrato.

Como estas, existen muchas cláusulas abusivas que se incluyen en los contratos electrónicos y que no se encuentran previstas por ley. En estos casos, los contratos podrían ser revisados en sede Judicial de acuerdo al principio de Buena Fe Contractual (Art. 1362 C.C.) Sin embargo, la escueta redacción del Art. 1398 y la ausencia de disposiciones específicas sobre las cláusulas abusivas en el marco legal actual, ubican al comprador en una posición de desventaja frente al vendedor.

6.2 Consentimiento fehaciente del Consumidor

Para la celebración de un contrato a través de medios electrónicos, se considera que el acto del consentimiento se materializa en el simple hecho de pulsar un botón, generalmente denominado “Comprar ahora” significando "OK" o "Estoy de acuerdo". Sin embargo, esta modalidad de aceptación puede resultar insegura, pues especialmente al usar dispositivos inteligentes, es posible manifestar un consentimiento involuntario, por ejemplo al dejar el *Smartphone* sin ser bloqueado y el botón se oprima sin intervención del usuario. Como resultado, el consumidor ha realizado una compra que no deseaba y se ve en la obligación de pagar por ella.

Para evitar estas situaciones que ocurren de manera cotidiana, muchos proveedores han optado por establecer un doble filtro: primero debe añadirse el producto al “carrito de compras” tal como se haría al comprar en un supermercado, y posteriormente se procede al *Check out* o en otras palabras a “pasar por la caja registradora”. Es en este momento que el consumidor confirma su intención de compra aceptando las condiciones del contrato.

6.3 Protección del Pago

De acuerdo a lo expuesto en capítulos anteriores, el elemento del pago constituye uno de los puntos más delicados para perfeccionar un contrato a través de medios electrónicos. Si el comprador requiere información bancaria al comprador, aparece el temor del mal uso de sus datos. A pesar de que el problema es el mismo en los medios tradicionales y que una gran parte de los usos fraudulentos de tarjetas que se efectúan en la red se realizan con números obtenidos en el mundo real, esta barrera psicológica sigue presente, sin perjuicio de la regulación de delitos informáticos vigente en nuestro país.

6.4 La compraventa mediante aplicaciones móviles como contrato de adhesión

Con la revolución al comercio tradicional que generó la introducción del moderno comercio electrónico, el uso de contratos de adhesión ganó popularidad debido a la

necesidad de contratación en masa. En términos de análisis económico, las cláusulas contractuales estandarizadas hacen la negociación individual innecesaria y reducen sustancialmente los costos de transacción.

Sin embargo, como ya se ha mencionado las condiciones generales tienden a ser unilaterales; la parte que las establece (predisponente) que es a menudo, el vendedor de bienes y servicios impondrá sus condiciones a la otra parte (adherente) y le hará soportar todos los riesgos relacionados con la transacción, lo que puede derivar en cláusulas abusivas.

En contraparte, el consumidor resulta ser la parte débil en la relación contractual: el comprador promedio no es capaz de entender las condiciones generales escritas. Por esta razón o porque simplemente es descuidado, no las lee y si lo hace, no se preocupa. Cree que el vendedor cumplirá su promesa, que hará una buena y adecuada propuesta a tiempo y que cumplirá el contrato como debe. Pero incluso si desea que las condiciones se modifiquen en su favor, no puede. El vendedor como es lógico, no lo permitirá.

Si el comprador acude entonces a otro vendedor, se encontrará en la misma situación y en similares condiciones. Por esta razón es imprescindible brindar especial protección a la parte débil de los contratos de adhesión: el consumidor.

6.5 Caracteres jurídicos de los contratos de compraventa realizados a través de aplicaciones móviles, de acuerdo al vigente Código Civil.

A continuación se consideran los caracteres jurídicos que revisten los contratos de compraventa realizados a través de aplicaciones móviles:

- Son contratos típicos que se realizan mediante medios electrónicos. Como se ha desarrollado, la contratación electrónica en general carece de regulación propia en el Perú: no existe una normatividad legal especial. Sin embargo, en términos generales este contrato se sujeta a los contratos tradicionales ya existentes y a las disposiciones generales que regula el Código Civil. En base a la modificatoria genérica establecida por la Ley 27291 *“Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de la voluntad y la utilización de la firma electrónica”* este tipo de contratos encajan válidamente.
- Son contratos principales, pues no dependen de otro contrato que le sea precedente para su perfeccionamiento y validez, es decir tienen “vida propia”
- Son contratos consensuales, es decir se perfeccionan con el consentimiento de las partes, sin exigirse una determinada forma para su realización. En tal sentido, les resulta aplicable el artículo 1352 del Código Civil: *“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.”*

- Son contratos onerosos, pues cada una de las partes sufre un empobrecimiento, compensado por una ventaja. Las contraprestaciones son recíprocas y deben resultar económicamente equivalentes.
- Son contratos bilaterales o plurilaterales, porque pueden intervenir dos o más partes.
- El objeto debe de ser un bien, sea este material o inmaterial, con existencia real en el presente o que pueda existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación o que no esté prohibida por la ley y que revista un valor económico. La oferta debe limitarse a bienes fungibles, perfectamente individualizables mediante descripción a distancia de su especie y calidad.
- Son contratos entre ausentes en tiempo real, debido a que el tiempo transcurrido entre la oferta y la aceptación es simultáneo o en todo caso muy reducido.
- Son contratos que prescinden de la fase previa o preparatoria del contrato, por sus características de generalidad y rapidez en la transmisión del consentimiento. En ese sentido, puede afirmarse que el uso de aplicaciones móviles y en general de medios electrónicos en la contratación, lleva implícita la intención definitiva de obligarse.

- Son contratos de libre forma, particularmente no requieren constar por escrito en papel como los contratos tradicionales. Son registrados en medios electrónicos, sin perjuicio de ser susceptibles de impresión.
- Son contratos en los que no existe una relación directa entre los contratantes. A diferencia de los contratos de compraventa tradicionales, la identidad y cualidades de la persona contratante no son relevantes.

6.6 Seguridad jurídica del contrato

A manera de cierre, se puede afirmar que el panorama actual en lo que se refiere a contratación a través de medios electrónicos y particularmente a través de aplicaciones móviles es legalmente incipiente. La regulación resulta para muchos inadecuada, y para otros desconocida.

Ante esto, se hace necesaria una regulación nacional que refiera específicamente a los puntos desarrollados. No puede existir seguridad jurídica en las transacciones que no encuentran una protección adecuada en la ley. Los problemas jurisdiccionales que pueden surgir de la existencia de estos contratos, aumentan con las facilidades que brinda Internet para realizar contrataciones internacionales.

En tal contexto, es impensable considerar una evolución mayor de la contratación electrónica en países en vías de desarrollo como el nuestro, sin la creación de una

normativa clara que proteja los intereses de los compradores, lo que redundará en un crecimiento acelerado del mercado, con el consecuente beneficio de la economía nacional.

CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado con el presente trabajo de investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Del análisis del ámbito de seguridad jurídica que ofrecen los contratos de compraventa realizados mediante aplicaciones móviles en el Perú, se concluye que el marco jurídico vigente abarca al comercio electrónico genéricamente, pero no se adapta de forma precisa a esta nueva modalidad contractual, siendo necesaria una regulación legal expresa del tema en beneficio de compradores y vendedores, debiendo considerarse los siguientes aspectos:

- Protección del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas

- Consentimiento fehaciente del Consumidor

- Protección del Pago

- La compraventa mediante aplicaciones móviles como contrato de adhesión

2. Del análisis del proceso de contratación electrónica de compraventa mediante aplicaciones móviles, se concluye que resulta ventajoso respecto a las compraventas tradicionales. Por esa razón es imperante una regulación apropiada para su promoción y acceso.

3. De la información del perfil del Internauta Peruano, se concluye que accede a internet indistintamente a través de ordenadores y dispositivos inteligentes prácticamente todos los días de la semana. El acceso es intensivo entre los más jóvenes y en el ámbito urbano.

4. De la información analizada, se concluye que el peruano usuario de *smartphones* es en promedio un adulto joven, trabajador dependiente que privilegia las APP de contenido social gratuitas y de uso diario, sobre las de uso ocasional como las que permiten hacer compras online. Aproximadamente 23 % de peruanos cuentan con un *Smartphone* y en promedio tienen 11 APP descargadas en sus dispositivos inteligentes.

5. Se concluye que el nivel de compras por medios electrónicos en el Perú es incipiente: sólo un 10% de los usuarios de internet en general, han realizado compras a través de este medio electrónico durante los últimos 3 meses. Este porcentaje casi se duplica en el sector A/B con 19%, por lo que se puede afirmar que el poder adquisitivo constituye un factor determinante en la decisión de compra por medios electrónicos.

6. Se concluye que las principales razones de rechazo a las compras por medios electrónicos en el Perú se derivan de la falta de información tanto técnica como legal, que genera temor e inseguridad en los consumidores, quienes evidencian una preferencia arraigada por la contratación tradicional.

7. Se concluye que los contratos de compraventa realizados a través de aplicaciones móviles, se enmarcan en el Código Civil Peruano como contratos típicos que se realizan mediante medios electrónicos, entre ausentes, en tiempo real, principales, onerosos, bilaterales, consensuales, con un objeto material o inmaterial, que no admiten fase preparatoria o de pre-contrato.

RECOMENDACIONES

1. Necesidad de una Regulación Expresa

La recomendación principal de esta investigación se centra en evidenciar la importancia y la necesidad de una regulación expresa de la contratación electrónica de compraventas en el Perú en todas sus modalidades. Contando con un marco legal sólido y acorde con las nuevas tecnologías, este nuevo mercado podrá consolidarse en el país, con el consiguiente beneficio en la economía nacional que redundará en la posibilidad de superar el subdesarrollo.

2. Protección del Consumidor frente a Cláusulas Abusivas

Es necesaria una enumeración enunciativa de este tipo de cláusulas así como una prohibición expresa de su aplicación, con la consecuente nulidad en el caso de que sean consideradas. Asimismo, se recomienda a los consumidores el asegurarse anticipadamente de la existencia de las condiciones de contratación y de su contenido como paso previo a manifestar su conformidad con la oferta con el consiguiente consentimiento.

3. Consentimiento fehaciente del Consumidor

Es deseable imponer la obligatoriedad de un doble filtro en el proceso de compras, aspecto que se debe tomar en cuenta para el diseño de la aplicación móvil. De esta forma se reduce el riesgo de manipulación al consumidor y el

contrato se perfecciona al contar con un consentimiento válido por parte del comprador.

4. Protección del Pago

Pese a que la elección del medio de pago es totalmente libre entre las partes, y como alternativa, es importante para los vendedores implementar sistemas de pago *online* como Paypal, que garantiza que la información financiera del comprador se mantenga privada, ello para asegurar la protección de datos. Asimismo, es recomendable ofrecer al comprador diferentes alternativas de formas de pago, incluyendo pagos offline: pago contra entrega, cheques, transferencias bancarias, contra reembolso, giros postales, etc.

5. La compraventa mediante aplicaciones móviles como contrato de adhesión

Es necesario que las cláusulas generales de contratación propias de los contratos de adhesión sean previamente aprobadas administrativamente, con el fin de incorporarse automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, conforme al artículo 1393 del Código Civil. De esta manera, el predisponente que somete las cláusulas generales que ha redactado a la aprobación administrativa, está dispuesto a que éstas sean revisadas a fin de comprobar su idoneidad para regular todos los contratos que celebre a base de ellas, verificando su aptitud para regular un tráfico de masas, con clientes anónimos cuyas necesidades, consideradas como las necesidades de una generalidad de terceros, deben ser satisfechas adecuadamente; y su equidad, en el sentido que se

encuentran debidamente protegidos los derechos de ambas partes, especialmente los de los consumidores. (De la Puente y Lavalle, M. , 1991)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRÁFICAS

Arias-Schereiber, M. (1984). Contratos Tomo I. En M. Arias-Schereiber, *Exégesis del Código Civil* (pág. 29). Lima: Grijley.

Barceló, J. (2002). La formación y prueba del contrato electrónico. En J. Barceló, *Comercio electrónico entre empresarios* (pág. 27). Valencia: Tirant lo Blanch.

Borrás,A. y González Campos, J. (2008). *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Cuello, J. y Vittone,J. (2013-2015). Las Aplicaciones. En J. Cuello, & J. Vittone, *Diseñando apps para móviles* (págs. 1-3). Barcelona.

Davara Rodríguez, M. (2008). *Manual de Derecho Informático*. Thomson-Aranzadi.

De la Puente y Lavallo, M. . (1991). El Contrato en General. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Di Stefano Manzella, I. (1987). *Mestiere di epigrafista*. Roma.

Feldstein de Cardenas, S.,Medina F., Rodriguez, M. y Scotti, L. (2008). *Contratación Electrónica Internacional: Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Legis et Iure.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2003). *Régimen tributario del comercio electrónico: perspectiva peruana*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

González, L. y Laguna, P. (2002). Comercio electrónico y empresas: Panorama actual y Perspectivas futuras. En L. y. González, *Comercio electrónico y protección de los consumidores* (págs. 87-88). Valencia: Botana.

Horna, P. (2002). *Tratado de la teoría general de los contratos: La plena vigencia del Código civil en la contratación contemporánea*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Lorenzetti, R. (1999). *Tratado de los Contratos*. Rafaela: Rubinzal-Culzoni Editores.

Marquina-Sanchez, M. (2006). Gobernanza Global del Comercio en Internet. Ciudad de México: INAP.

Santiago, R. (2015). Mobile learning: nuevas realidades en el aula. En R. Santiago, *Mobile learning: nuevas realidades en el aula* (págs. 8-26-27). Grupo Océano.

Scognamiglio, R. (2004). Contribución a la teoría del Negocio Jurídico. Lima: Grijley.

Serafini, F. (SF). Instituciones de Derecho Romano.

Soto Coaguilla, C. (2002). *Informe sobre el Comercio Electrónico en el Derecho Peruano*. Lima: Editorial Normas Legales.

REVISTAS

Echeverri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Revista de Opinión Jurídica - Universidad de Medellín* , 125-144.

Fernandez, E. (2013). Cláusulas de sumisión en Contratos Electrónicos Internacionales. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* , 2-22.

Johnson, D y Post, D. (1996). Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review* , 48.

Vega, J. (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Editorial Reus.

PERIÓDICOS

Diario Gestión. (20 de Septiembre de 2016). *Compras online: El dolor de cabeza para llegar al carrito de compra*. Recuperado el 28 de Febrero de 2017, de Diario Gestión web site: <http://gestion.pe/tecnologia/compras-online-dolor-cabeza-llegar-al-carrito-compra-2170469>

El Comercio. (04 de Enero de 2017). Pokemon Go: El Juego más popular de 2016. *El Comercio* , pág. 13.

PÁGINAS WEB

American Dialect Society. (08 de Enero de 2011). *“App” voted 2010 word of the year by the American Dialect Society*. Obtenido de <http://www.americandialect.org>: <http://www.americandialect.org/app-voted-2010-word-of-the-year-by-the-american-dialect-society-updated>

Burgueño, P. (22 de junio de 2010). *Modalidades de Ejecución del Contrato Electrónico*. Obtenido de Blog de Derecho P. Burgueño:

<http://www.pablofb.com/pabloburgueno.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/>

Crovi, D. (25 de 01 de 2017). *La Sociedad de la Información y el Conocimiento - Algunos deslindes imprescindibles*. Obtenido de Delia Crovi Web Site: http://www.deliacrovi.com/articulos/sociedad_informacion_conocimiento.pdf

Fernandez Sessarego, C. (21 de Diciembre de 2016). *Deslinde conceptual entre "Daño a la persona", "Daño al proyecto de vida" y "Daño Moral"*. Obtenido de Portal de informacion y opinion legal, Pontificia Universidad Católica del Perú: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF

Gardner, H y Davis K. (04 de Febrero de 2014). *e-book*. Obtenido de La generación App : <http://www.casadellibro.com/ebook-la-generacion-app-ebook/9788449330056/2255066>

Garrido, J. (07 de Septiembre de 2015). *Comprar por Internet: Ventajas y Peligros más comunes*. Recuperado el 27 de Febrero de 2017, de Eroski Consumer: <http://www.consumer.es/web/es/tecnologia/internet/2015/08/19/222601.php>

Instituto Nacional de Estadística de España. (21 de Noviembre de 2016). *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares TIC-H*. Obtenido de Instituto Nacional de Estadística de España web site: <http://www.ine.es/prensa/np803.pdf>

Scotti, L. (02 de Febrero de 2017). *Contratos Internacionales celebrados a través de medios electrónicos: ¿Cuál es la ley aplicable?* Obtenido de <http://www.derechointernacional.net/>: http://www.derechointernacional.net/privado_lp/doctrina-parte-especial/440-derecho-comercial/331-contratos-internacionales-celebrados-a-traves-de-medios-electronicos-icual-es-la-ley-aplicable.html

Slice Intelligence. (25 de Julio de 2016). *Poké power: Pokémon GO has more in-game buyers than the rest of the mobile gaming market*. Obtenido de <https://intelligence.slice.com/>: <https://intelligence.slice.com/poke-profits-game-purchases-pokemon-go-accounted-half-entire-mobile-game-market-launch-weekend/>

Súarez, R. (s.f.). *Aspectos tecnológicos y legales del arbitramento electrónico*. Recuperado el 20 de Febrero de 2017, de Legis, Arbitraje Comercial Internacional: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitramento_electronico/arbitramento_electronico.asp?CodSeccion=1

SUNAT. (29 de Enero de 2017). *Base Legal: Orientación Aduanera para Importación*. Obtenido de Sitio web de la Superintendencia Nacional de Administración tributaria: http://www.sunat.gob.pe/orientacionaduanera/importacion/base_legal.html

Tavano, M. (s.f.). *El consentimiento y los medios informáticos*. Recuperado el 20 de Febrero de 2017, de Planeta Ius: <http://www.planetaius.com.ar/foroderecho/13731-post4.html>

The Jhon Marshall Law School. (29 de Marzo de 2015). *The Center for intellectual property, Information & Privacy law*. Recuperado el 29 de Enero de 2017, de The Jhon Marshall Law School: <http://www.jmls.edu/academics/ip-privacy/index.php/index/juris1.html>.

Todo Ecommerce. (30 de Enero de 2017). *Medios de Pago Electrónicos*. Obtenido de Todo Ecommerce: <http://www.todoecommerce.com/medios-de-pago.html>

Webroot. (25 de Febrero de 2017). *Reputación de aplicaciones*. Recuperado el 2017 de Febrero de 2017, de Soluciones de seguridad inteligente de Webroot: <https://www.webroot.com/es/es/partners/technology-partners/mobile-app-reputation>

Wilson, D. (2006). Thomson Learning. En *Small business management and entrepreneurship* (pág. 107). Londres.

OTROS DOCUMENTOS

Consultora Ipsos. (2016). *Comportamiento del Consumidor*. Estudio encargado por PayPal.

Convenio de Roma. (19 de Junio de 1980). *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*. Roma, Italia.

GfK Perú. (2015). *GfK Perú - Uso de Internet en el Perú - 2015*.

Ipsos Perú. (2016). *Perfil del Smartphonero 2016*.

United States of America's Congress. (1998). *Title XI Moratorium in Certain Taxes*.

ENTREVISTAS

Fernández Sessarego, C. (28 de Abril de 2015). *Noción y Clasificación del Daño*. (P. d. Perú, Entrevistador)

GLOSARIO

1. **Aplicación móvil o app (en inglés):** Es un programa informático diseñado para ser ejecutado en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles y que permite al usuario efectuar una tarea concreta de cualquier tipo: profesional, de ocio, educativas, de acceso a servicios, etc., facilitando las gestiones o actividades a desarrollar
2. **Alterum non laedere:** Principio general del derecho de no dañar al otro.
3. **Chat rooms:** Salas o canales de chat.
4. **Check out:** Finalizar el proceso de compra o en otras palabras a “pasar por la caja registradora”
5. **Cláusulas penales:** Cláusulas que pueden pactarse en los contratos, por la que se acuerda de manera anticipada, el pago de una determinada indemnización para el caso de que alguna de las partes incumpla el contrato.
6. **Common Law:** El Derecho anglosajón derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval, es aquel utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica.
7. **Contenido app-in:** Contenido dentro de la app que incluyen funciones extra y suscripciones que se pueden comprar en las apps del dispositivo o el ordenador.
8. **Contratación electrónica:** Modalidad contractual que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este tiene o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo
9. **Contratos "verbis":** Clasificación del Derecho Romano de los contratos, que corresponde a aquellos que requerían para su perfección el empleo de determinadas palabras las que constituían la forma en que se podía probar las obligaciones contraídas
10. **Contratos "browse":** Contrato que se formaliza con el simple acceso a la página web o sitio, sin necesidad de aceptación expresa, como por ejemplo la aceptación tácita de las condiciones de uso de una página web o de su aviso legal.
11. **Contratos "click":** Contrato que exige del aceptante una manifestación expresa de voluntad, que otorga pulsando el botón que se indica a tal efecto y que habitualmente contiene la palabra “Acepto”, como puede ser la aceptación por medio de *click* de las condiciones de uso de una red social *online*.
12. **Contratos "Literis":** Clasificación del Derecho Romano de los contratos, que corresponde a aquellos que debían constar por escrito necesariamente como una solemnidad esencial para su existencia.
13. **E-commerce:** Transacción o intercambio electrónico de bienes, información o servicios basado en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como internet, sustituyendo el intercambio o contacto físico directo.
14. **Feature phones:** Es un término retrónimo aplicado a ciertos teléfonos de baja gama o de características limitadas frente a la introducción de los teléfonos inteligentes.

- 15. Formalidad ad probationem:** Literalmente, “para la prueba”. Una formalidad se exige ad probationem cuando no se exige sino para la demostración de un acto, sin que su inobservancia acarree la nulidad del acto.
- 16. Formalidad ad solemnitatem:** Literalmente, “para la solemnidad”. Se exige la formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico
- 17. Freemium:** Aplicaciones móviles que permiten su descarga inicial gratuita para un uso limitado y básico, posibilitando posteriormente el acceso a funcionalidades más avanzadas previo pago.
- 18. GPS:** El Sistema de Posicionamiento Global, más conocido por sus siglas en inglés, GPS (siglas de Global Positioning System), es un sistema que permite determinar en toda la Tierra la posición de un objeto (una persona, un vehículo) con una precisión de hasta centímetros.
- 19. Hackers** Persona que descubre las debilidades de un computador o de una red informática, aunque el término puede aplicarse también a alguien con un conocimiento avanzado de computadoras y de redes informáticas. Los hackers pueden estar motivados por una multitud de razones, incluyendo fines de lucro, protesta o por el desafío.
- 20. Interfaz:** Es el medio con que el usuario puede comunicarse con una máquina, equipo, computadora o dispositivo, y comprende todos los puntos de contacto entre el usuario y el equipo.
- 21. Ius Imperium:** Poder jurídico del Estado para imponer normas y organizarse, imponer sanciones, hacer expropiaciones, imponer tributos, y administrar los recursos, y ejecutar actos administrativos.
- 22. Malware:** Es un tipo de software que tiene como objetivo infiltrarse o dañar una computadora o sistema de información sin el consentimiento de su propietario.
- 23. Markets:** O mercados en español, son sitios web y también tiendas *online* donde se pueden obtener aplicaciones para los distintos sistemas operativos. Estas tiendas vienen pre-instaladas en la mayoría de Smartphones y permite a los usuarios buscar y descargar aplicaciones directamente.
- 24. Pacta sunt servanda:** Principio contractual que indica que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
- 25. Red telemática:** Conjunto de computadoras que se comunican o se conectan entre sí para transferir o intercambiar la información que se encuentra guardada en los discos duros de las computadoras.
- 26. Ringtone:** Sonido hecho por un teléfono para indicar la llegada de un mensaje de texto o al recibir una llamada
- 27. Sistema operativo:** es un programa o conjunto de programas informáticos que gestiona el hardware de un dispositivo y administra el servicio de aplicaciones informáticas (Windows, iOS, Android, etc.).
- 28. Smart phones:** Es un tipo de teléfono móvil construido sobre una plataforma informática móvil, con mayor capacidad de almacenar datos y realizar actividades, semejante a la de una minicomputadora y con una mayor conectividad que un teléfono móvil convencional. El término inteligente, que se utiliza con fines comerciales, hace referencia a la capacidad de usarse como un

computador de bolsillo, y llega incluso a reemplazar a una computadora personal en algunos casos.

29. SMS: Servicio de mensajes cortos o servicio de mensajes simples.

30. Software: Conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible a un ordenador la realización de tareas específicas

31. Tokens: Dispositivo electrónico que se le da a un usuario autorizado de un servicio computarizado para facilitar el proceso de autenticación.

32. Vinculo iuris: Vínculo jurídico entre dos personas

33. WAP Protocolo de aplicaciones inalámbricas por sus siglas en inglés (*Wireless Application Protocol*)